

TAPSBEGRENSNINGSPLIKTEN I KONTRAKTSFORHOLD

Kandidatnummer: 506

Leveringsfrist: 26.11.2007

Veileder: Bård Standal

Til sammen 17824 ord

19.11.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>4</u>
1.1	Introduksjon	4
1.2	Presiseringer og avgrensninger av tema	5
1.3	Metode og materiale	6
1.4	Framstillingen videre	8
<u>2</u>	<u>TAPSBEGRENSNINGSPLIKTEN SOM OBLIGASJONSRETTLIG PRINSIPP</u>	<u>8</u>
2.1	Den rettslige kontekst	8
2.2	Rettsgrunnlag	10
2.2.1	Oversikt over rettsgrunnlagene	10
2.2.2	Et internasjonalt overblikk	12
2.2.3	Konklusjon	13
2.3	Hvilke hensyn begrunner tapsbegrensningsplikten?	14
2.3.1	Innledning	14
2.3.2	Lojalitetshensyn	14
2.3.3	Answarets omfang	15
2.3.4	Effektiv ressursutnyttelse	15
2.3.5	Partenes egeninteresse	16
2.3.6	Mothensyn	16
2.3.7	Konklusjon	17
2.4	Når inntretr tapsbegrensningsplikten?	17
2.4.1	Utgangspunktet	17
2.4.2	Inntretr tapsbegrensningsplikten ved antesipert mislighold?	18
2.4.3	Inntretr tapsbegrensningsplikten før antesipert mislighold?	19

2.4.4	Konklusjon	20
2.5	Forholdet til de øvrige misligholdsvirkninger	20
2.5.1	Innledning	20
2.5.2	Lovens system	20
2.5.3	Konvensjonalbøter	21
2.5.4	Retten til oppfyllelse	21
2.5.5	Retten til avhjelp	21
2.5.6	Retten til prisavslag	22
2.5.7	Retten til forsinkelsesrenter	22
2.5.8	Plikten til å dra omsorg	23
2.5.9	Konklusjon	23
2.6	Hva er virkningen av pliktforsømmelse?	24
2.7	Hva er virkningen av pliktoppfyllelse?	25
2.7.1	Erstatning for kostnader til tapsbegrensende tiltak	25
2.7.2	Konsekvenser innenfor kontrollansvaret	25
3	<u>NÆRMERE OM PLIKTENS INNHOLD</u>	26
3.1	Allmennt om ”rimelige tiltak”	26
3.1.1	Innledning	26
3.1.2	Pliktsubjekt	26
3.1.3	Normens forhold til skadeserstatningsretten	27
3.1.4	Normens forhold til forsikringsretten	27
3.1.5	Normens forhold til kontrollansvaret	28
3.1.6	Aktuelle tapsposter	28
3.1.7	Vurderingskriteriet	28
3.1.8	Utgangspunktet	29
3.1.9	”Reasonableness”	29
3.1.10	”Undue burden, risk or humiliation”	31
3.1.11	Aktivitets- og passivitetsplikt	31
3.1.12	Tenkepause	32

3.1.13	Misligholdets grovhet	32
3.2	Realkreditors tapsbegrensende tiltak	33
3.2.1	Innledning	33
3.2.2	Plikt til å kommunisere	33
3.2.3	Plikt til å tilpasse seg	34
3.2.4	Plikt til å avhjelpe	34
3.2.5	Plikt til å finansiere	35
3.2.6	Plikt til å dekningskontrahere	35
3.2.7	Plikt til å inngå ny avtale med misligholderen	40
3.2.8	Plikt til å begrense tapet vs. rett til oppfyllelse	42
3.3	Realdebitors tapsbegrensende tiltak	46
3.3.1	Innledning	46
3.3.2	Plikt til å yte finansiell bistand	46
3.3.3	Plikt til å øke prisen	47
3.3.4	Plikt til å permittere	47
3.3.5	Plikt til å dekningskontrahere	48
3.3.6	Plikt til å stanse tilvirkning	48
3.3.7	Plikt til å begrense volumtap	49
4	<u>KONKLUSJON</u>	<u>51</u>
5	<u>KILDEREGISTER</u>	<u>54</u>
5.1	Lovregister	54
5.2	Lovforarbeider	55
5.3	Rettspraksis	55
5.4	Bøker	56
5.5	Internettokumenter	57
5.6	Øvrige kilder	58

1 Innledning

1.1 Introduksjon

Et kontraktsbrudd innebærer at en plikt eller en rettighet etter avtalen brytes. Samtidig springer nye rettigheter og forpliktelser ut av avtalebruddssituasjonen. Den parten som har fått sin rettighet krenket, får rett til å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende. Det kan blant annet være snakk om avhjelp, heving eller erstatning, avhengig av hva som er hensiktsmessig for å bringe vedkommende i den posisjon som om avtalebruddet ikke hadde funnet sted.

Det er retten til *erstatning som misligholdsbeføyelse* for kontraktsbrudd som utgjør emnets rettslige omgivelser. Imidlertid er det kun ett aspekt ved denne rettigheten som skal behandles, nemlig *plikten til å begrense erstatningskravet*. Det grunnleggende *lojalitetsprinsippet* som gjelder mellom avtaleparter, innebærer nemlig at man i rimelig grad tar hensyn til medkontrahentens interesser. Når medkontrahenten har blitt til en *motpart* som følge av en tvist, har lojalitetsprinsippet funnet sitt uttrykk i regler om tapsbegrensningsplikt: Den skadelidende part må forsøke å unngå eller begrense de skadelige konsekvensene av motpartens avtalebrudd. Dermed er det interessant å kartlegge nærmere dette grenseland hvor *retten til erstatning* møter *plikten til tapsbegrensning*.

Spørsmålet er ikke særlig betent i den politiske debatt, men har en viss aktualitet i det praktiske liv. At skadelidte ikke har overholdt sin tapsbegrensningsplikt, er en standardanførsel fra saksøkte i erstatningssaker. Om anførselen fører fram eller ikke, kan bety millioner av kroner for partene. Likevel er det lite norsk praksis og litteratur som behandler spørsmålet, og som kan gi en nærmere fremstilling av hvilken norm som gjelder.

Oppgaven har ikke ambisjoner om å være den komplette fremstillingen som norsk rettsteori mangler. Da det legges opp til en rimelighetsstandard i besvarelsen av spørsmålet, vil en nærmere utbrodering av normens innhold innebære en mer kasuistisk gjennomgang enn oppgavens rammer tillater. Målet må være å gi en oversikt over tapsbegrensningspliktens stilling i norsk rett, å peke på

sentrale momenter som bør tas i betraktning ved vurderinger av denne art, og å drøfte noen utvalgte problemstillinger knyttet til pliktens utstrekning.

1.2 Presiseringer og avgrensninger av tema

Jeg vil behandle skadelidtes *tapsbegrensningsplikt som et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp*. Jeg antar at prinsippet har en kjerne som er felles for kontrakter i sin alminnelighet, og at det derfor kan være hensiktsmessig å kartlegge denne. At de praktiske utslagene av prinsippet vil variere med hvilket kontraktsområde det er tale om, er en annen sak. Om skadelidte velger å dekningskjøpe en vare som ikke ble levert, eller om han velger å ilegge sine arbeidere overtid for å kompensere for manglende oppmøte fra innleid arbeidskraft, kan derfor være to utslag av samme prinsipp om tapsbegrensning. Jeg vil derfor ikke holde meg til kun ett kontraktsområde når jeg skal eksemplifisere prinsippets anvendelse, men vil trekke inn flere alminnelige kontraktstyper i fremstillingen. Det blir imidlertid ikke aktuelt å behandle *kontraktsrettslige særområder* som franchiserett, forsikringsrett eller pakkereiserett, da særreguleringer kan medføre andre utslag av prinsippet enn det som er interessant for den alminnelige obligasjonsrett.

Plikten til å minimere tapet er et *alminnelig prinsipp ved erstatningsutmåling*, både i og utenfor kontraktsforhold. Det er imidlertid andre hensyn bak reglene om skadeserstatning utenfor kontraktsforhold, enn de som gjelder erstatning som misligholdssanksjon. Først og fremst spiller lojalitetsplikten en sterkere rolle i kontraktsforhold enn utenfor. Normen for skadelidtes plikt til å begrense tapet han har blitt utsatt for, strekker seg derfor ikke like langt på disse rettsområdene. Prinsippets anvendelse i skadeserstatningsrett faller dermed utenfor oppgaven.

Reglene om skadelidtes tapsbegrensningsplikt har nær sammenheng med reglene om skadelidtes ansvar for *medvirkning til det tapsforårsakende forhold*. Hvis skadelidte selv kan bebreides for at motparten brøt avtalen, vil dette være grunnlag for nedsettelse av erstatningen. Men når avtalebruddet først er oppstått, vil skadelidte ha plikt til å begrense tapet, uavhengig hvem som forårsaket det. Det er med andre ord snakk om forskjellige faser av avtalens liv; mens medvirkningsansvaret gjelder skadelidtes *skyld i avtalebruddet*, gjelder tapsbegrensningsplikten skadelidtes *skyld i avtalebruddets konsekvenser*. Jeg vil ikke behandle medvirkningsansvaret i denne oppgaven.

Det er tapsbegrensningsplikten forhold til *erstatning som misligholdssanksjon* jeg tar for meg. Det finnes fragmenter i reguleringen av de andre misligholdsvirkningene som ivaretar de samme hensyn som tapsbegrensningsplikten. Disse er imidlertid ikke i fokus i denne oppgaven.

Det må presiseres at uttrykket '*tapsbegrensningsplikt*' terminologisk sett er noe misvisende, da regelen egentlig ikke innebærer noen rettslig plikt. I realiteten er det en *ansvarsregel*, som overlater ansvaret for deler av misligholdstapet til skadelidte. Skadelidte kan, uten å bryte loven, velge å neglisjere ansvaret. Imidlertid må han da møte konsekvensene, nemlig å få sitt erstatningskrav mot misligholderen redusert. '*Tapsbegrensningsansvar*' ville nok vært mer treffende, men jeg vil jevnt over holde meg til den tradisjonelle bruken.

1.3 Metode og materiale

I henhold til anerkjent metodelære, er det norske myndigheters rettsskapende beslutninger som er de viktigste kildene til rettsreglene. Tapsbegrensningsplikten har imidlertid ikke sitt utspring i politisk overveide vedtak. Det er tvert i mot velgerne eller *markedet* som har stått for utviklingen av dette rettsområdet. Via utallige transaksjoner i daglig samhandel opp gjennom århundrene har det festnet seg oppfatninger om hvordan man som markedsaktør bør opptre. *Domstolen* har funnet praksisen rimelig og dermed sementert oppfatningen av at kontraktsparter plikter å opptre lojalt og fornuftig ovenfor hverandre. *Lovgiver* har først de senere år sett det som sin rolle å stadfeste slike allerede utviklede rettsregler i lovverket. Metodebildet bærer preg av denne markedsstyrte reguleringen. *Kontraktspraksis* og *rettspraksis* er derfor betydningsfulle faktorer for fastleggelsen av normene på dette området. Lovgiver har formulert essensen av all praksis og stadfestet dette som gjeldende rett. På grunn av Stortingets posisjon som styrende organ, er det naturlig også på dette området å henvise til nasjonalforsamlingens lovvedtak med forarbeider når tapsbegrensningsplikten skal forankres rettslig. Men for å finne pliktens innhold utover det helt abstrakte, er det kontrakts- og rettspraksis som gir best veiledning. Det er her reglene har oppstått og her de utvikles videre.

Den mest fremtredende kontraktstypen i obligasjonsretten er *kjøp og salg*. Den gjeldende *kjøpsloven*¹ ble vedtatt i 1988, men som forutsatt i forarbeidene er det ikke tilsiktet noen realitetsendring av reglene om tapsbegrensningsplikt.² Dette innebærer at praksis knyttet til den forrige kjøpsloven også er relevant. Kjøpsloven har videre vært et lovteknisk forbilde for flere

¹ 13.05.1988 nr. 27 Lov om kjøp.

² NOU 1976:34 s. 61.

etterfølgende kontraktslover, derfor vil rettskilder tilknyttet kjøpsloven også kunne være relevante ved tolkingen av disse lovene.³ Kjøpsloven av 1988 er et resultat av et nordisk lovsamarbeid som tok sikte på å skape en enhetlig kjøps- og kontraktslovgivning i Norden. De tilsvarende lovene i Sverige, Finland og Island er av den grunn nærmest identiske. Danmark bruker fremdeles en gammel kjøpslov, men innholdsmessig er dansk kjøpsrett ganske tilsvarende vår egen rett. Praksis og forarbeider knyttet til våre nabolands kjøpslovgivning vil derfor være av rettskildemessig verdi når vi skal fastlegge norske regler på feltet.⁴

De nordiske land,⁵ så vel som over 60 andre land, har undertegnet og ratifisert *FNs konvensjon om internasjonale løsørekjøp (CISG)*, vedtatt i 1980. Denne er innarbeidet i intern rett ved transformasjon til kjøpsloven, som dermed har identiske regler for nasjonale og internasjonale kjøp, dog med enkelte unntak. Det er et politisk bestemt mål at tolkingen av den norske kjøpsloven ved internasjonale kjøp bør fremme en *ensartet anvendelse* av CISG, jf. kjøpsloven § 88. Det er derfor rettskildemessig betydningsfullt å trekke inn praksis og litteratur knyttet til konvensjonen fra andre land. Siden det ikke systematisk bør utledes to forskjellige tolkninger av en og samme lovtekst, vil dette legge føringer også på forståelsen av de interne kjøpsregler.⁶

Det må presiseres at det er norsk rett som skal behandles, jeg sikter ikke mot en komparativ fremstilling av forskjellige lands rett. Men de obligasjonsrettslige prinsipper er i høy grad allmenne på den globale arena, hvilket er nødvendig for det grenseoverskridende handels- og næringsliv. I tillegg til CISG har også *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT)* og *Principles of European Contract Law (PECL)* reguleringer av partenes lojalitets- og tapsbegrensningsplikt. Disse er regelsamlinger for henholdsvis internasjonal og europeisk kontraktsrett. Mens UNIDROIT er anvendelige kun på kommersielle avtaletyper, omfatter PECL også forbrukeravtaler. Prinsippsamlingene er ikke av autoritativ karakter og er derfor bindende kun når partene har *avtalt* det seg i mellom. De er også ment å kunne brukes til *utfylling* av uløste spørsmål, og som *tolkingsfaktorer* ved fastleggelsen av internasjonal handelsrett. Da de begge er ment å gi uttrykk for allmenne prinsipper, vil det derfor være naturlig å se hen til deres formuleringer ved fastleggelsen av norsk obligasjonsrett.

³ Jf. uttalelser i Rt. 1995 s. 486, jf. Hagstrøm (2003) s. 51.

⁴ Hagstrøm (2003) s. 78.

⁵ Unntatt Island

⁶ Hagstrøm (2003) s. 51.

1.4 Framstillingen videre

I det følgende vil jeg gi en nærmere redegjørelse for hva som ligger i tapsbegrensningsplikten som et obligasjonsrettslig prinsipp. I *kapittel 2* redegjøres i korthet for rettsgrunnlaget, prinsippets utbredelse i sammenlignbare rettssystemer, hvilke hensyn som begrunner en slik plikt, på hvilket tidspunkt plikten inntreffer, forholdet til andre misligholdsvirkninger enn erstatning, virkningen av å oppfylle plikten, samt virkningen av en forsømmelse. Dette skulle gi det nødvendige grunnlag for å diskutere nærmere hvor langt tapsbegrensningsplikten strekker seg. I *kapittel 3* forsøker jeg å presisere nærmere hva som ligger i kravet om ”rimelige tiltak”. Jeg fokuserer deretter først på de tiltak som kan være aktuelle fra realkreditors side, og deretter på realdebitors aktuelle tiltak. Det er videre særlig tre problemstillinger jeg tar opp: Forholdet mellom naturaloppfyllelsesretten og tapsbegrensningsplikten, skadelidtes eventuelle plikt til å godta misligholderens tilbud om ny avtale, og tapsbegrensningsplikten ved volumtap. En konklusjon følger i *kapittel 4*.

2 Tapsbegrensningsplikten som obligasjonsrettslig prinsipp

2.1 Den rettslige kontekst

Da det er nødvendig å forstå tapsbegrensningsplikten i sin rette sammenheng, følger her en kort oversikt over rettsområdet.

Ved mislighold av kontrakt, har den ikke-misligholdende part (skadelidte) i henhold til obligasjonsretten visse misligholdssanksjoner til rådighet. Litt avhengig av kontraktstypen har han valget mellom å *fastholde avtalen, kreve prisavslag, kreve retting, kreve omlevering, holde tilbake sin ytelse, heve handelen og å kreve erstatning*⁷.

Forutsetningen for at erstatning skal tilkjennes er at det foreligger et brudd på en gyldig avtale og at det som følge av dette oppstår et påregnelig økonomisk tap.

Omfanget av tapsbegrensningsplikten kan variere med hva slags grunnlag som foreligger for erstatningskravet. Ansvar basert på *feil eller forsømmelse* (culpa) er det alminnelige

⁷ Se for eksempel kjøpsloven kap. V og VII.

ansvarsgrunnlaget for erstatning.⁸ Dersom kontrakten ikke blir oppfylt, og dette kan *bebreides* kontraktsparten eller hans medhjelpere, så vil dette være grunnlag for erstatning. Et annet grunnlag er det såkalte *kontrollansvaret*. I hovedsak går misligholderen her fri fra erstatningsansvar bare dersom avtalebruddet skyldtes en hindring utenfor hans kontroll, som han ikke rimeligvis kunne forutse, unngå eller overvinne følgene av.⁹ Tanken var at kontrollansvaret skulle være strengere enn culpa-ansvaret, men ikke like strengt som et *rent objektivt ansvar* eller et *objektivt ansvar med unntak for force majeure*.¹⁰ Dette er andre ansvarsgrunnlag, som nærmest uavhengig av årsaken til avtalebruddet, pålegger et erstatningsansvar for misligholderen.

Hovedregelen er at skadelidtes økonomiske tap skal erstattes¹¹; målet er at vedkommende skal bli stilt i økonomisk samme posisjon som hvis avtalen hadde blitt rett oppfylt. Vi sier at han har krav på kompensasjon for den *positive kontraktsinteresse*.

De fleste kontraktslover som har kontrollansvaret som et ansvarsgrunnlag, har videre foretatt en oppdeling av den erstatningen for den positive kontraktsinteresse i *direkte* og *indirekte tap*.¹² Dersom det er kontrollansvaret som utgjør ansvarsgrunnlaget, er det kun *direkte tap* som er erstatningsbetingende. Alt økonomisk tap som ikke er definert som *indirekte tap* er direkte tap og kan dermed kreves erstattet.¹³ Tanken er at mens *indirekte tap* omfatter tap som er en *avledet følge eller konsekvens* av avtalebruddet, så har direkte tap en *nærmere* eller mer *direkte tilknytning* til avtalebruddet.

Hvis derimot ansvarsgrunnlaget er *feil eller forsømmelse* (culpa) eller *objektivt ansvar*, kan både *direkte og indirekte tap* kreves erstattet.¹⁴

Erstatningskravet begrenses imidlertid fra flere kanter. Kravene til en påregnelig årsakssammenheng innebærer at tapsposter som *ikke er en følge av avtalebruddet*, og tapsposter som var usannsynlige eller *upåregnelige* følger ikke erstattes.¹⁵

⁸ Hagstrøm (2003) s. 452.

⁹ Se f.eks. kjøpsloven §§ 27, 40, avhendingslova § 4-5, husleieloven § 5-8, bustadoppføringslova § 35.

¹⁰ Se Hagstrøm (2003) s 480f.

¹¹ F.eks. kjøpsloven § 67 første ledd.

¹² F.eks. kjøpsloven § 67 (2), avhendingslova § 7-1 andre ledd, husleieloven 2-14 andre ledd, men ikke bustadoppføringslova, se § 19.

¹³ F.eks. kjøpsloven § 40, jf § 67.

¹⁴ F.eks. kjøpsloven § 40 (3).

¹⁵ F.eks. kjøpsloven § 67 (1).

Regler om *skadelidtes medvirkning* fører til at erstatningen kan nedsettes for så vidt det er rimelig, hvis skadelidte selv delvis har skyld i avtalebruddet.¹⁶

For det tredje har skadelidte selv en plikt til ved rimelige tiltak å *begrense tapet* og dermed erstatningens omfang. Det er denne begrensningen som er tema for oppgaven.

Reglene om *compensatio lucri cum damno* innebærer at skadelidte kun har krav på erstatning for nettotapet sitt. Det skal gjøres fradrag for de fordeler og besparelser han har hatt som følge av misligholdet.

Det foreligger også en generell hjemmel for *lemping* av erstatningsansvaret i en del kontraktslover¹⁷, samt i skadeserstatningsloven § 5-2. Dette gjelder imidlertid ikke for internasjonale kjøp, jf. kjøpsloven § 70 (3).

2.2 Rettsgrunnlag

2.2.1 Oversikt over rettsgrunnlagene

At skadelidte har en plikt til å begrense et tap som den andre kontraktsparten har påført ham, er et prinsipp som er uttrykt i flere kontraktslover.

I *kjøpsloven* fremgår det av § 70 første ledd, under kapitlet om erstatningens omfang, at "[d]en part som påroper kontraktbrudd fra den annens side, skal ved rimelige tiltak begrense sitt tap.

Forsømmer han dette, må han selv bære den tilsvarende del av tapet."

*Avhendingslova*¹⁸ fra 1992, som gjelder salg av fast eiendom, gir den samme regel i § 7-2:

"Forsømer parten å avgrense tapet gjennom rimelege tiltak, må parten sjølv bere den tilsvarende delen av tapet."

¹⁶ Skadeserstatningsloven § 5-1.

¹⁷ F.eks. kjøpsloven § 70 (2).

¹⁸ 03.07.1992 nr. 93 Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova).

*Husleieloven*¹⁹ fra 1999 har en tilsvarende regulering inntatt i § 2-14 fjerde ledd: ”Forsømmer leieren å begrense tapet gjennom rimelige tiltak, må leieren bære den tilsvarende del av tapet.” Det samme gjelder for utleieren, jf. § 5-8 femte ledd.

Også forbrukerlovgivningen har stort sett tilsvarende bestemmelser. *Forbrukerkjøpsloven*²⁰ fra 2002 § 54 første ledd er omtrent identisk med kjøpslovens formulering. *Bustadoppføringslova*²¹ fra 1997 § 19 tredje ledd, § 22 første ledd og § 36 andre ledd gir forbrukeren en plikt til å begrense tapet, og noe tilsvarende for entreprenørens del i § 52 tredje ledd. *Håndverkertjenesteloven*²² fra 1989 § 30 andre ledd, jf § 42 andre ledd pålegger partene å begrense et eventuelt erstatningskrav gjennom rimelige tiltak.

*Skadeserstatningsloven*²³ § 5-1 trekkes gjerne også fram når tapsbegrensningsplikten skal støttes i rettskildene.²⁴ I andre ledd heter det at det regnes som medvirkning også når skadelidte ”har latt være i rimelig utstrekning å fjerne eller minske risikoen for skade eller etter evne å begrense skaden.” I så fall kan erstatningen settes ned eller falle bort i henhold til en rimelighetsvurdering, jf. første ledd. Alternativet ”å begrense skaden” er hevdet å gi grunnlag for en alminnelig begrensningsplikt også etter at den skadevoldende hendelse har inntruffet. Det er imidlertid uenighet om hvorvidt denne paragrafen er ment å få en så vid anvendelse.²⁵

Det er imidlertid ikke så nødvendig å fastslå de detaljerte grensene for anvendelsesområdet til skadeserstatningsloven § 5-1, da dette uansett er rett som er skapt i samspill mellom rettspraksis og kontraktspraksis lenge før loven ble vedtatt. Således kan lovbestemmelsen ses på som en kodifikasjon av allerede gjeldende prinsipper, prinsipper som står på selvstendig ulovfestet grunnlag uten de begrensninger som følger av loven. Det er i alle fall ingen grunn til å betvile at tapsbegrensningsplikten gjelder både i og utenfor kontraktsforhold. Den nærmere fastleggelsen av normen vil imidlertid være forskjellig.

¹⁹ 26.03.1999 nr. 17 Lov om husleieavtaler (husleieloven).

²⁰ 21.06.2002 nr. 34 Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven).

²¹ 13.06.1997 nr. 43 Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova).

²² 16.06.1989 nr. 63 Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere.

²³ 13.06.1969 nr. 26 Lov om skadeserstatning.

²⁴ Se for eksempel Lødrup (1999) s. 314, Hagstrøm (2003) s. 561.

²⁵ Tapsbegrensningsplikten i min forstand referer seg kun til tap som burde unngås *etter* at den skadevoldende hendelse eller misligholdet har inntruffet. Ordlyden i § 5-1 trekker nok i retning av at slikt tap omfattes. Forarbeidene til straffelovens ikrafttredelseslov § 25, som var forgjengeren til § 5-1, viser imidlertid at paragrafen sikter mot *generelle sikkerhetstiltak før skadens inntreden*. Det er også uklart hvorvidt § 5-1 første ledd er anvendelig ved erstatningsutmåling i kontraktsforhold. Ifølge Nygaard gjelder § 5-1 kun erstatning utenfor kontrakt. Likevel har domstolen brukt regelen også ved kontrakterstatning, jf. bl.a. Rt 1972 s. 449; Rt 1992 s. 1642; Rt 2000 s. 211 og Rt 2003 s. 400.

2.2.2 Et internasjonalt overblikk

2.2.2.1 Prinsippets utbredelse i sammenlignbare land

Prinsippet om skadelidtes plikt til å begrense sitt tap som følge av medkontrahentens kontraktsbrudd går også igjen i beslektede rettsfamilier internasjonalt.

Nordisk rett er rimelig sammenfallende på dette punkt. Både norske, svenske og finske kjøpslover har tilsvarende bestemmelser i kjøpslovene om denne plikten.²⁶ Danmark har ennå ingen uttrykkelig bestemmelse i loven for intern rett, men har altså forpliktet seg i henhold til CISG art. 77 for internasjonale kjøp. Det er uavhengig av lovfesting på det rene at det i dansk kontraktsrett er et alminnelig prinsipp om tapsbegrensningsplikt, omtrent som i de øvrige nordiske land.²⁷

I *tysk rett* behandler man tapsbegrensningsansvaret under *medvirkningsansvaret*. ”Mitverschulden” er begrepet som brukes om begge typer begrensningsgrunner i § 254 *BGB* (1) og (2).²⁸ Også Sveits og Østerrike brukes den samme systematikk for å uttrykke tilsvarende regler, henholdsvis i *Swiss Code of Obligations (CO)* art 44 par. 1 og *Austrian Civil Code (ABGB)* § 1304.²⁹

I *fransk rett* er plikten til å begrense tapet, ikke særlig velutviklet i lovverket.³⁰ Imidlertid er Frankrike bundet av CISG, som stadfester tapsbegrensningsplikten i alle fall for internasjonale kjøp.

Tapsbegrensningsplikten har i *England* fått sin støtte i en uttalelse fra 1912, *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd v. Underground Electric Railways Company of London Ltd*:

”The fundamental basis is thus compensation for pecuniary loss naturally flowing from the breach; but this first principle is qualified by a second, which imposes on a plaintiff the duty of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the breach, and debars him from claiming any part of the damage which is due to his neglect to take such steps.”³¹

²⁶ Kjøpsloven § 70 (1), Köplag 27.3.1987/355 § 70 første ledd (Finland), Köplag (1990:931) § 70 første ledd (Sverige).

²⁷ Iversen (2000) s. 148f.

²⁸ Bürgerliches Gesetzbuch

²⁹ Treitel (1988) s. 180.

³⁰ Ibid.

³¹ Sitert etter Johnsson (2006) s. 24.

I amerikansk rett er prinsippet uttrykt i kommentarsamlingen *Restatements (Second) of Contracts* § 350.³² Det fremgår at ”damages that could have been avoided without undue risk, burden or humiliation” ikke vil kunne kreves erstattet. Prinsippet er også nedfelt i *Uniform Commercial Code*, en lov nesten alle statene er bundet av. I section 2-709 fremgår det blant annet at en selger ikke kan kreve erstatning for en ubetalt vare med mindre han i rimelig utstrekning har undersøkt muligheten for å deknings selge varen. I tillegg er også USA bundet av CISG art. 77, som for internasjonale kjøp stadfester en tapsbegrensningsplikt.

2.2.2.2 Internasjonal handelsrett

CISG art. 77 krever at ”[a] party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated.” Som nevnt ovenfor er CISG transformert til kjøpsloven, og kjøpslovens § 70 (1) er dermed ment å dekke konvensjonsteksten.

UNIDROIT Principles art 7.4.8 fastslår det samme prinsipp: “The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party’s taking reasonable steps.”

Også *PECL* art 9:505 er klar: “The non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party could have reduced the loss by taking reasonable steps.”

Det kan videre nevnes at plikten anerkjennes som internasjonal handelsbruk, *lex mercatoria*.³³ I følge Mustill blir det regnet for å være et ”obvious” prinsipp i voldgiftsdomstoler ved erstatningsutmåling.

2.2.3 Konklusjon

Som vi ser, har tapsbegrensningsplikten et solid uttrykk i moderne kontraktslover, med nærmest identiske formuleringer av pliktens innhold og rettsvirkninger. Kjøpslovens forarbeider fastslår at regelen ”stemmer med et alminnelig anerkjent prinsipp ved erstatningsberegning både i og utenfor

³² Goldman (2003).

³³ Mustill (1988) s. 113, note 100.

kontraktsforhold”.³⁴ Dette innebærer blant annet at tilsvarende regler får anvendelse også på andre, uregulerte kontraktstyper, så langt de passer.³⁵

Tapsbegrensningsplikten er videre altså ikke et særnorskt fenomen. Tvert i mot synes den å ha sin plass i moderne rettssystemer i sin alminnelighet. Også innenfor den angloamerikanske *common law*-tradisjonen og den kontinentaleuropeiske *civil law*-tradisjonen, samt for *internasjonal handel*, fremtrer skadelidtes tapsbegrensningsplikt som en hjørnestein ved erstatningsutmåling. Hvor langt normen strekker seg, er imidlertid et vanskeligere spørsmål, og det er grunn til å tro at det finnes betydelig variasjon mellom de nevnte land når det kommer til grensedragningen for prinsippets anvendelse.

2.3 Hvilke hensyn begrunner tapsbegrensningsplikten?

2.3.1 Innledning

Det er altså på det rene at den som har tenkt til å søke erstatning på grunn av avtalebrudd, i en viss utstrekning plikter å begrense tapet, og dermed erstatningskravet. Dette strider mot utgangspunktet om *full erstatning for det økonomiske tap*. Spørsmålet er hvorfor det gjelder en slik begrensning i erstatningsansvaret.

2.3.2 Lojalitetshensyn

Forarbeidene til kjøpsloven og andre etterfølgende kontraktslover gir ingen særskilt begrunnelse for tapsbegrensningsplikten. ”Regelen er i og for seg selvsagt”, skriver kjøpslovutvalget i utredningen.³⁶ For avtaleforhold gjelder det nemlig en *viss standard* for hvordan man skal forholde seg til hverandre. I *Rt. 1988 s. 1078* uttaler Høyesterett at det i kontraktsforhold må stilles krav til *aktsom og lojal* opptreden, og at denne plikten ikke bare gjelder ved stiftelsen av forpliktelsen, men *så lenge den består*.³⁷ Lojalitetsplikten gjelder med andre ord ikke bare så lenge kontraktsoppfyllelsen går som den skal, men så lenge det eksisterer forpliktelser mellom partene med sitt utspring i kontrakten. UNIDROIT gir uttrykk for det grunnleggende prinsippet i art. 1.7 (1) ved å kreve ”good faith and fair dealing”.

³⁴ NOU 1976: 34 s. 61

³⁵ Dette i samsvar med ”tradisjonell lære”, jf. Hagstrøm (2003) s. 397, som siterer Augdahl: Obligasjonsrett s. 184f.

³⁶ NOU 1976: 34 s. 29.

³⁷ Konkret var uttalelsene knyttet til kausjon, men de gjelder antakeligvis allment.

Lojalitetsprinsippet angir en *standard* for hvor langt man bør se utover sine egne interesser i et avtaleforhold. Rettsordenen godtar at partene handler i *egeninteresse* når de samhandler med andre aktører i samfunnet, og at målet med avtalen er å høste fordeler for seg selv. En frivillig inngått avtale er likevel i utgangspunktet gunstig for begge parter, fordi begge får igjen noe som er *mer verdt for dem* enn ytelsen de gir fra seg.

En avtalebruddsituasjon forstyrrer denne balansen. Men et avtalebrudd gjør ikke avtalen ugyldig; tvertimot gir avtalebruddet grunnlag for nye rettigheter og plikter som skal gjenopprette den tapte likevekten i forholdet mellom partenes ytelser, nemlig misligholdssanksjonene. Tanken om at partene samarbeider mot et felles mål om *gjensidig nytteverdi* består til partenes mellomværender er oppgjort og ute av verden. Partene bør derfor kunne forvente at den andre ikke gjør vondt verre ved å påføre ham unødig store erstatningsbetingende tap. Han bør også kunne forvente at visse tiltak settes i verk for å minimere tapet, dersom skadelidte faktisk har mulighet til det. Slik er det rimelig å se tapsbegrensningsplikten som en *konkretisering* av den ulovfestede lojalitetsplikten.³⁸

2.3.3 Ansvarets omfang

Det er av hensyn til misligholderen vi bør operere med en tapsbegrensningsplikt. La oss si at et mangelfullt elektrisk anlegg i huset starter en ødeleggende brann, mens eieren sitter med et smil rundt munnen og forbereder erstatningskravet mot selgeren av apparatet. En slik rettstilstand kunne medføre et utilbørlig eller *urimelig tungt ansvar* på skadevolderen, når han også må betale for de tap som *burde* ha vært forsøkt unngått fra skadelidtes side. Ekstra tyngende vil det virke når debitor selv ikke har skyld i mangelen eller forsinkelsen.

2.3.4 Effektiv ressursutnyttelse

Også mer samfunnsmessige betraktninger støtter tapsbegrensningsplikten som prinsipp. Samfunnet har generelt en interesse i å ha regler som *forhindrer sløsing* av ressurser og som dermed øker den totale velstanden. Gjennom tapsbegrensningsplikten oppfordres skadelidte til å minimere de skadelige konsekvensene av avtalebrudd og dermed fremmes økonomisk effektivitet, og optimal utnyttelse av samfunnets ressurser.³⁹

³⁸ Johnsson (2006) s. 33.

³⁹ Herre (1996) s. 567; Johnsson (2006) s. 31.

2.3.5 Partenes egeninteresse

For å finne en funksjonell forklaring på tapsbegrensningsplikten kan man tenke seg hvordan kontraktslivet ville fortone seg *uten* et slikt prinsipp. Da har kontraktsparter altså *ikke* noe ansvar for å være lojal og begrense misligholdstapet. *Risikoen* ved å binde seg til kontrakt vil da øke, siden et mislighold kan medføre urimelig store erstatningskrav. Dette kan få konsekvenser for prissettingen av kontraktsytelsene og dermed den totale omsetningen. Antakelig ville *utryggheten* partene ville føle ovenfor hverandre bli eliminert ved hjelp av nøye utarbeidede kontraktsvilkår, med omfattende ansvarsfraskrivelser og store krav til sikkerhetsstillelse. Også *konfliktpotensialet* ville trolig øke i en slik tilstand preget av kynisme. For å minske kostnadene og ulempene knyttet til inngåelse og opprettholdelse av kontraktsforhold er det derfor hensiktsmessig at det finnes en alminnelig regel om tapsbegrensningsplikt. Da slipper partene å avtale en slik plikt fra gang til gang. I et handelsmarked vil dessuten en aktør som opptrer lojalt ovenfor sin kontraktparts interesser, ha et åpenbart *konkurransefortrinn* fremfor aktører som ikke tar slike hensyn. Sannsynligheten er nemlig stor for at *lojale* næringsdrivende vil få flere nye avtaler enn *illojale* næringsdrivende. En atferd preget av lojalitet og tapsbegrensningsansvar er i dette perspektiv en naturlig følge av rasjonell forfølgelse av egne interesser. Man kan derfor si at regelen er en normering av fornuftig atferd.

2.3.6 Mothensyn

Imidlertid er det betimelig å spørre hvorfor skadelidte skal ilegges en handleplikt med ansvar når han selv har utført sin yttelse rettmessig etter avtalen. Skadelidte er (presumptivt) uten skyld i avtalebruddet og bør derfor heller ikke *bære ansvaret* for følgene. Avhengig av hvilken situasjon skadelidte er i, kan det være en betydelig *byrde* for ham å måtte treffe tapsbegrensende tiltak. En innsats legger beslag på tid og ressurser. Dette viktige hensynet er imidlertid ivaretatt ved at det utgjør selve hovedregelen som tapsbegrensningsplikten modifierer. Videre vil trusselen om unødige store erstatningskrav virke *preventivt* mot avtalebrudd, og altså forsterke erstatningens funksjon som *oppfyllellespress*. Hensynet til *forutberegnelighet* ville kanskje også være bedre ivaretatt ved et misligholdsansvar som omfatter alt påregnelig følgetap, enn ved en vag og skjønnsmessig tapsbegrensningsnorm. Da ville man vite at mislighold kan medføre et stort tap, men det ville i alle fall være enkelt å beregne. Man kan kanskje også spørre hvorfor rettssamfunnet skal ivareta misligholderens interesser, når denne ikke selv har *fraskrevet seg ansvaret* for slike tap ved kontrakt. Ansvaret for påregnelig tap ved mislighold kan man lett begrense ved kontrakt, og det er partene selv som er nærmest til å utpensle avtalevilkårene.

Iversen er av den oppfatning at tapsbegrensningsplikten ikke trenger noen begrunnelse, det er tvert i mot kravet om å erstatning for tap som burde vært unngått, som krever begrunnelse.⁴⁰

Resonnementet synes bl.a. å bygge på at slikt erstatningsansvar ikke oppfyller kravene til en adekvat årsakssammenheng mellom avtalebrudd og tapspost. Synspunktet er egentlig ikke et mothensyn mot tapsbegrensningsplikten, men et argument mot nødvendigheten av en uttrykkelig regel. Han mener at erstatningsansvaret nemlig ikke strekker seg så langt at det omfatter tap skadelidte burde ha unngått. Han fremhever også at i praksis vil partene nesten alltid begrense tapet i egen interesse, fordi det er usikkert om, når, og i hvor stort omfang erstatningen *faktisk* blir utbetalt.

2.3.7 Konklusjon

Som Lødrup sier, så er det ingen grunn til å verne om verdier som skadelidte selv ikke verner om.⁴¹ Men det er i tillegg fremtredende hensyn både kontraktspartene imellom og for samfunnet som helhet som taler for å opprettholde en viss plikt til å begrense tap. Tapsbegrensningsplikten fremmer nyttemaksimering både på mikro- og makronivå. Derfor er plikten som sådan svært lite kontroversiell i den politiske debatt.

2.4 Når inntre tapsbegrensningsplikten?

2.4.1 Utgangspunktet

Det sies ikke noe i lovtekstene om tapsbegrensningsplikt *når* plikten til å treffe rimelige tiltak inntre. Plikten gjør seg i alle fall gjeldende når det foreligger et *aktuelt mislighold*, som kreditor kjente eller burde kjenne til.⁴² Med *aktuelt* mislighold menes her et avtalebrudd som *allerede har inntrådt*, i motsetning til mislighold som *forventes* (antesiperes) å inntre. Det er klart at han på dette tidspunktet må se seg om etter muligheter til å avverge videre tap. Spørsmålet er imidlertid om plikten inntre *før aktuelt mislighold* kan konstateres.

Utgangspunktet må jo være at kontraktsparter *kan stole på at medkontraahenten oppfyller* i henhold til avtalen. Det kan derfor ikke i alminnelighet foreligge noen plikt til å treffe generelle tiltak som

⁴⁰ Iversen (2000) s. 149f.

⁴¹ Lødrup (1999) s. 367.

⁴² Bergem & Rognlien (1995) s. 352; Hagstrøm (2003) s. 563.

skal begrense et eventuelt tap ved avtalebrudd. At partene må være aktsomme og medvirke til den andres oppfyllelse, er en annen sak.⁴³ Å kreve at en produsent *forsikrer seg mot produksjonsstopp på grunn av en generell risiko* for forsinket levering fra delleverandører, er derfor å gå for langt.⁴⁴ Men hvis det oppstår konkret tvil om hvorvidt kontrakten vil bli riktig oppfylt, kan saken stille seg annerledes.

2.4.2 Inntreffer tapsbegrensningsplikten ved antesipert mislighold?

Reglene om *antesipert mislighold* innebærer at hvis det i tiden etter avtaleinngåelsen og før endelig oppfyllelse, fremgår av en parts *handlemåte*, av alvorlig svikt i *kredittverdigheten* eller i *oppfyllelsesevnen*, at han ikke kommer til å oppfylle en vesentlig del av forpliktelsene, så foreligger det antesipert mislighold. Medkontrahenten kan da *innstille* sin ytelse. Er det forventede kontraktsbruddet av tilstrekkelig kvalifisert grad, vil handelen kunne *heves*. Kravet til den forventet skadelidende er at han *melder fra straks*, og dersom betryggende sikkerhet stilles, må han fortsette oppfyllelsen. Dette er regler som følger av kjøpslovene,⁴⁵ samt har partikulære utslag i andre kontraktslover. Domstolen behandler reglene om antesipert mislighold som et allment prinsipp i kontraktsforhold.⁴⁶ Samme prinsipp følger forøvrig av dekningsloven⁴⁷ § 7-2.

Innstillingsretten og *varslingsplikten* uttrykker fragmenter av tapsbegrensningsprinsippet. Dersom varselet om innstilling ikke kommer, kan den misligholdende part kreve erstattet tap som kunne ha vært unngått⁴⁸. Dette erstatningskravet kommer da til fradrag i det eventuelle erstatningskravet som blir reist mot ham på grunn av det antesiperte misligholdet.

I Rt. 1920 s. 458 uttaler Høyesterett, i en sak hvor et avtalt aksjesalg ble urettmessig annullert fra meglerens side:

”Jeg kan nemlig ikke skjønne, at de i handelsretsdommen omhandlede leveringsfrister paa 7 og 3 dage kan tillægges nogensomhelst betydning i et tilfælde som nærværende, hvor appellanten paa aldeles avgjørende maate har tilkjendegit sin beslutning om ikke at ville levere og derved efter min mening avskaaet sig enhver utsættelse med at foreta den pligtige levering. Indstevnte var derfor, som jeg har uttalt, efter min mening saavel berettiget som

⁴³ Partene har medvirkningsplikt ift. hverandres oppfyllelse, jf. for eksempel kjøpsloven § 50.

⁴⁴ Stoll i Schlechtriem s. 587, i tilknytning til CISG art. 77, sitert av Hagstrøm (2003) s. 563.

⁴⁵ Kjøpsloven §§ 61, 62, avhendingslova §§ 6-1 – 6-3, forbrukerkjøpsloven § 55.

⁴⁶ Jf. Hagstrøm (2003) s. 590, som viser til Rt. 1924 s. 1199.

⁴⁷ 08.06.1984 nr. 59 Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).

⁴⁸ F.eks. kjøpsloven § 61 (3).

forpligtet til, saasnt han dertil fik anledning efter mottagelsen av appellantens skrivelse av 17 oktober 1917, at dække sig ved indkjøb av saadanne aktier, som appellantten hadde solgt ham.”

I dette tilfelle var det fra meglerens side klar beskjed om at avtalen ikke ville bli oppfylt. Det forelå dermed *antesipert mislighold* av kontrakten. Det var da ingen grunn for kjøperen til å vente til avtalens *forfallstid* med å erklære mislighold og iverksette dekningskjøp. At skadelidtes tapsbegrensningsplikt inntreder allerede ved antesipert mislighold har gode grunner for seg. Meningen er jo at reglene skal motivere til *avvergelse eller minimering av mulige tap*. Når en kontraktspart forstår at det går mot et tapsforårsakende avtalebrudd fra den annens side, er det rimelig å kreve en *viss aktsomhet og aktivitet* allerede på dette tidspunkt. Å tillate ham å vente til oppfyllelsens forfall, før han plikter å gjøre noe, vil ikke være særlig effektivt i forhold til reglens formål. Det er imidlertid en annen sak at mange praktiske muligheter til å begrense et tap ikke er tilgjengelige før handelen er hevet eller sikkerhet er stilt. For eksempel er det neppe aktuelt å dekningskontrahere med annen leverandør før det er bragt på det rene om avtalen holdes eller heves. Men muligens kan det kreves at man begynner å innhente tilbud fra andre mulige medkontrahenter.

2.4.3 Inntreder tapsbegrensningsplikten før antesipert mislighold?

Ikke alle mislighold er like klare som i den nevnte dommen. Risikovurderingen blir vanskeligere når selgeren holder fast ved at oppfyllelse vil skje, men at fremdriften gir grunn til å tro det motsatte, eller når kreditor ikke leverer spesifikasjoner nødvendige for debitors oppfyllelse, eller det er uenighet om hva som er avtalt. Det kan også være at en debitor først sier han ikke kan levere ytelsen, men senere vil han likevel gjøre det.

For å påberope seg antesipert mislighold må det kreves *konkrete og forholdsvis sikre holdepunkter* for at kontrakten vil brytes; *en løs antakelse er ikke nok*.⁴⁹ Også for tapsbegrensningspliktens inntreden må det kreves en viss sannsynlighet for mislighold. Men det er ikke åpenbart at risikoen for avtalebrudd må være like sterk som ved antesipert mislighold. Dersom man er redd for at kontraktsbrudd kan oppstå, og man ved enkle tiltak kan forebygge tap som følge av dette, kan dette være et pliktig gjøremål. For eksempel dersom det potensielle tap ved et mislighold vil være uvanlig stort, bør kreditor *gjøre debitor oppmerksom* på dette, for på den måten å øke hans aktsomhet og oppfyllelsesinnsats.⁵⁰

⁴⁹ Bergem (2007) note 315.

⁵⁰ Slik også Stoll i Schlechtriem (2005) s. 587.

2.4.4 Konklusjon

Det må legges til grunn at tapsbegrensningsplikten inntreder ved antesipert, eller eventuelt aktuelt mislighold. Det kan heller ikke utelukkes at inntreden i visse tilfelle kan foreligge allerede før vilkårene for antesipert mislighold er oppfylt. Men hovedregelen er at det ikke er noen plikt til å *forebygge* følgene av et mulig mislighold. For øvrig må plikten antas å vare så lenge det relevante tap kan begrenses.⁵¹

2.5 Forholdet til de øvrige misligholdsvirkninger

2.5.1 Innledning

Tema for oppgaven er tapsbegrensningsplikten begrensninger for misligholdssanksjonen erstatning. Men legger prinsippet også føringer for andre misligholdssanksjoner og -virkninger?

2.5.2 Lovens system

Rettsgrunnlaget for tapsbegrensningsplikten er uttrykt via reglene om erstatningsutmålingen, jf. kap. 2.1. Plikten som sådan er altså uttrykkelig begrenset til erstatning via plasseringen i *lovenes system*. I kjøpsloven er det dermed kun tap i relasjon til §§ 67, 68 og 69 som omfattes av plikten iht. § 70 (1). I den tilsvarende bestemmelsen i CISG art. 77 kommer dette klarere fram, da ordet ”erstatning” nevnes uttrykkelig. Det er altså ikke grunnlag i lovverket for at tapsbegrensningsplikten gjelder allment for misligholdssanksjoner.

Jeg vil ikke utelukke at *lojalitetsprinsippet* vil kunne legge visse føringer for valg av misligholdssanksjon. Kanskje innebærer også *bransjepraksis* eller *partenes sedvanlige opptreden* at enkelte misligholdssanksjoner bør prioriteres fremfor mer tapsbringende misligholdssanksjoner. Det må erindres at kontraktsretten hovedsaklig er deklatorisk, slik at partene kan bli bundet til andre løsninger enn de som følger av loven, jf. bl.a. kjøpsloven § 3. For eksempel kan det i visse avtaleforhold foreligge plikt til å kreve retting fremfor omlevering, selvom man etter loven har krav på begge deler.

Utifra lojalitetsprinsippet springer også andre regler med nær sammenheng med tapsbegrensningsplikten. *Medvirkningsansvaret*, *reklamasjonsreglene* og *omsorgspliktene* er regler

⁵¹ Bergem & Rognlien (1991) s. 656.

som helt eller delvis er ment å motivere partene til å begrense hverandres tap ved kontraktsbrudd. Det er nok mest et terminologisk spørsmål hvorvidt slike regler kan sies å uttrykke fragmenter av tapsbegrensningsprinsippet, eller om de står på et selvstendig grunnlag. Men det taler i mot en utvidet eller analogisk anvendelse av tapsbegrensningsplikten at lovgiver har gitt flere særreguleringer som oppfyller det samme formål som tapsbegrensningsplikten.

2.5.3 Konvensjonalbøter

Når det gjelder på forhånd avtalte erstatningskrav, såkalte *konvensjonalbøter*, så følger det implisitt av ordningen at beregningen av slike faller utenom reglene om tapsbegrensningsplikt. Slike klausuler er tatt inn i kontrakten blant annet for å slippe å beregne det reelle tapet som oppstår. Dermed får begge parter en høyere grad av forutberegnelighet i tilfelle kontraktsbrudd, og kan innrette seg deretter. Byggherren behøver derfor ikke å begrense det tapet som følger av entreprenørens forsinkelse, når det på forhånd er avtalt dagmulkt.

2.5.4 Retten til oppfyllelse

Når det gjelder partenes *rett til å kreve oppfyllelse* ved forsinket eller mangelfull ytelse, så er det en debattert problemstilling hvorvidt denne retten kolliderer med en eventuell plikt til å heve som et tapsbegrensende tiltak. Dette spørsmålet tas opp til bredere behandling under kap. 3.2.8 mv.

2.5.5 Retten til avhjelp

Hva angår *retting* eller annen *avhjelp*, har den skadelidende part krav på dette ved mangelfull ytelse, jf. blant annet kjøpsloven §§ 34-36, forbrukerkjøpsloven §§ 29 og 30, husleieloven § 2-10, bustadoppføringslova § 32, avhendingslova §§ 4-10 og 4-11, og håndverkertjenesteloven § 24. Forutsetningen er at det kan skje uten *urimelig kostnad eller ulempe* for realdebitor. Primært har realdebitor rett til selv å utføre rettingen. Men dersom dette ikke blir gjort, kan realkreditor ta saken i egne hender og få tingen reparert. I visse tilfeller kan det foreligge *plikt* i medhold av tapsbegrensningsplikten for kreditor selv å avhjelpe feilen, se kap. 3.2.4. Hvis man selv gjør jobben, kan ”forsvarlige utgifter” til avhjelp kreves erstattet. Dette ansvaret for avhjelpsutgifter er objektivt, og uavhengig av om vilkårene for misligholdserstatning er oppfylt.

Lovgiver har angitt kriteriet for valg av utgifter til ”forsvarlige”⁵². Det har vært reist spørsmål om forsvarlighetskravet kan suppleres med tapsbegrensningsplikten i § 70 (1). Herre mener at

⁵² Kjøpsloven § 34 (3).

forsvarlighetskravet må suppleres med tapsbegrensningsplikten, slik at kriteriet blir ytterligere presisert av § 70 (1). Hagstrøm mener mye tyder på at § 34 (3) må ses på som *lex specialis*, slik at den ikke kan suppleres.⁵³ Jeg synes det er vanskelig å se at § 70 (1) kan være relevant her. Den gjelder utmåling av erstatning, mens § 34 (3) gjelder dekning av avhjelpskostnader. Rettingsplikten gjelder, som nevnt, uavhengig av om vilkårene for erstatning er oppfylt. Paragrafen får dermed i alle fall ikke direkte anvendelse. Når lovgiver har systematisert reglene så forskjellig kan det vanskelig være rom for analog bruk heller. Dette må også ses i sammenheng med behovet for et supplement. Forsvarlighetskriteriet legger opp til en vurdering som uansett ligger tett opp til § 70 (1), og tapsbegrensningshensynene er dermed ivaretatt.

2.5.6 Retten til prisavslag

I forhold til misligholdssanksjonen *prisavslag*⁵⁴, er heller ikke tapsbegrensningsplikten direkte anvendelig. Sanksjonen minner om erstatning, i og med at det skal gjøres et pengeoppgjør basert på avtalebruddet. Prisavslaget skal utgjøre *differansen mellom verdien av ytelsen i kontraktmessig stand og i mangelfull*, jf. kjøpsloven § 38, husleieloven § 2-11 og forbrukerkjøpsloven § 31. I henhold til avhendingslova § 4-12, håndverkertjenesteloven § 25 og bustadoppføringslova § 33, er det imidlertid primært *kostnadene til retting* som utgjør prisavslaget. I entrepriseretten tilsvarer prisavslaget ”*den reduksjon av byggets eller anleggets verdi som mangelen medfører*” (NS 3430 pkt. 32.5)⁵⁵. Beregningen foretas etter objektive kriterier, og det er neppe rom for supplerende regler om tapsbegrensning her heller. Men dersom avtalebruddet i tillegg til verdireduksjonen skulle ha medført ytterligere tap, for eksempel tapt fortjeneste, kan dette naturligvis kreves erstattet i henhold til de alminnelige erstatningsutmålingsreglene, da med medfølgende begrensningsansvar.

2.5.7 Retten til forsinkelsesrenter

Dersom kreditors betaling ikke er rettidig, kan debitor kreve forsinkelsesrenter i henhold til lov 17 desember 1976 nr. 100 om renter ved forsinket betaling m m., jf. kjøpsloven § 71. Dette kravet er objektivt, og rommer ingen plikt til tapsbegrensning.

⁵³ Hagstrøm (2003) s. 378.

⁵⁴ Ifølge Hagstrøm (2003) s. 397, er prisavslagets stilling som allmenn misligholdsbeføyelse usikker. Blant annet mangler UNIDROIT Principles regler om det.

⁵⁵ Sitert fra Hagstrøm (2003) s. 403, min uthevnning.

2.5.8 Plikten til å dra omsorg

Kjøpsloven § 72 foreskriver at ”dersom kjøperen ikke henter eller tar imot tingen i rett tid eller forhold ellers på hans side har medført at den ikke er overgitt til ham, skal selgeren for kjøperens rekning *dra slik omsorg* for tingen som er rimelig etter tilhøva, såframt han har tingen i sin varetekt eller for øvrig kan ta vare på den”. Motsvarende plikt for kjøperen finnes i § 73 dersom han vil avvise tingen ved eller etter overtakelse. Tilsvarende omsorgsplikter finnes i forbrukerkjøpsloven § 60, håndverkertjenesteloven § 47 og husleieloven § 10-4. Regelen innebærer i seg prinsippet om lojalt å ivareta medkontrahentens interesser, men her består ikke plikten i å begrense skadelidtes tap, men *misligholderens* tap. Omsorgsutøvelsen *kan* bestå i forvaring hos tredjemann (kjøpsloven § 74), salg (§ 76), eller annen forsvarlig disposisjon (§ 77). For eksempel for et uavhentet lass med tomater, kan bonden ha *plikt til å selge* dette unna før det blir ødelagt. Eventuelt overskudd ved salg tilfaller *kreditor* (§ 78), i motsetning til ved dekningsalg etter heving, hvor den *ikke-misligholdende part* kan innkassere gevinsten.

Kostnadene til omsorgsutøvelsen er dekningsberettigede, i henhold til § 75. § 70 er dermed ikke direkte anvendelig på utleggene til omsorgsutøvelsen, siden dette ikke er et erstatningsansvar i kjøpslovens forstand. Men lovgiver har presisert at det kun er ”forsvarlige kostnader” som er erstatningsberettigede, slik som for avhjelpskostnader. Forsvarlighetsnormen må trolig tolkes tilsvarende som den økonomiske begrensningen som følger av § 70 (1), hvilket eksempelvis innebærer at *unødvendige høye kostnader* til ivaretagelse av godset ikke kan kreves erstattet.

2.5.9 Konklusjon

Ved vurderingen av tapsbegrensningsplikten anvendelsesområde, er det et førende synspunkt at partenes rettigheter og plikter etter loven ellers ikke begrenses.⁵⁶ Lovgiver har etablert en ordning hvor kreditor har krav på prisavslag, avhjelp, plikt til omsorgsutøvelse, etc., og skadelidtes eventuelle kostnader i forbindelse med disse skal dekkes uavhengig av om vilkårene for erstatning er oppfylt. Disse misligholdsvirkningene har imidlertid elementer i seg som ivaretar de tapsbegrensende formål. Jeg kan ikke se at tapsbegrensningsplikten skal kunne få anvendelse som supplement til slike lovgiverbestemte dekningsgrunnlag.

⁵⁶ Iversen (2000) s. 154.

2.6 Hva er virkningen av pliktforsømmelse?

Det er misligholderen som har bevisbyrden for at skadelidte har forsømt sin plikt eller sitt ansvar for å begrense tapet.⁵⁷

Dersom skadelidte ikke treffer slike rimelige tiltak, må han *selv bære det tapet* som burde vært unngått. Konsekvensen av brudd på tapsbegrensningsplikten, er altså at misligholderen kan redusere sin erstatningsplikt med det beløp som burde ha blitt unngått fra skadelidtes side. Forsømmelse medfører ingen andre sanksjoner; misligholderen kan derfor ikke for eksempel heve avtalen ved klanderverdig passivitet fra skadelidtes side.⁵⁸

Som nevnt i kap. 1.4 er det altså ikke snakk om en egentlig pliktregel⁵⁹, men snarere et *risikoansvar*; skadelidte risikerer å måtte bære deler av tapet selv, dersom han ikke gjør som foreskrevet. Det er ikke *ulovlig* å neglisjere dette ansvaret. Situasjoner kan forekomme hvor skadelidte finner det mer rasjonelt å bære tapet enn å begrense det. For eksempel kan han heller ville bruke tid med familien enn å reise rundt for å finne billige dekningsvarer, selvom dette er rimelig å kreve. I så fall har han lov til det, men hans interesse i familietid skal ikke gå utover misligholderen.

Utmålingen av erstatningsfradraget må ta utgangspunkt i *hvordan situasjonen så ut for skadelidte da han hadde plikt til å begrense tapet*.⁶⁰ Hva man i ettertid ser at skadelidte burde ha foretatt seg, er ikke avgjørende. Vurderingen skal foregå *ex ante*, ikke *ex post*.⁶¹ Det er vurderingsevnen til en *alminnelig fornuftig person i vedkommende bransje* som er utgangspunktet.⁶²

Ved fastsetting av tapet som antas å burde ha vært unngått helt eller delvis, må en vurdere og sammenligne alternative muligheter og ta i betraktning besparelser og kostnader ved disse.⁶³ En abstrakt kalkyle over de alternative tapsbegrensende tiltaks kostnader og gevinster må settes opp. Fra erstatningskravet trekkes da de besparelser som burde ha vært foretatt.

⁵⁷ Iversen (2000) s. 152.

⁵⁸ Bergem & Rognlien (1991) s. 656.

⁵⁹ Lookofsky (2002) s. 145.

⁶⁰ Herre (1996) s. 592.

⁶¹ Ramberg og Herre (2004) s. 542.

⁶² Jf. kap.3.1.9.

⁶³ Bergem & Rognlien (1995) s. 604.

Dersom skadelidte unnlater å begrense tapet ved dekningskjøp eller dekningsalg i henhold til § 68, kan han i henhold til kjøpsloven § 69 likevel ha krav på erstatning for *abstrakt beregnet prisforskjell*. Dermed blir skadelidte kompensert for et ”normaltap” på grunn av misligholdet, som utgjør differansen mellom *kjøpesummen* og *gjengs pris* på hevingstiden, eventuelt på overtakelsestiden.

Det er altså ikke en *lempling* av erstatningsansvaret utifra skyld- eller rimelighetsbetraktninger som blir konsekvensen av forsømmelse, men en rent *objektiv nedsettelse* i forhold til den alternative kalkyle.

2.7 Hva er virkningen av pliktoppfyllelse?

2.7.1 Erstatning for kostnader til tapsbegrensende tiltak

Dersom skadelidte faktisk treffer rimelige tiltak for å begrense misligholderens erstatningsansvar, har han krav på *erstatning for kostnadene* ved disse. Dette er økonomisk tap som man er påført ved kontraktbruddet og som dermed er erstatningsbetingende, jf. blant annet kjøpsloven § 67 (1). Også UNIDROIT Principles art. 7.4.8. (2), samt PECL 9:505 (2) presiserer uttrykkelig at slike utgifter er erstatningsbetingende. Et eksempel kan være kostnader til megling ved dekningsalg av hus.⁶⁴

Erstatningskravet for de rimelige tiltakene gjelder uten hensyn til om de faktisk har virket etter sin hensikt. Så lenge tiltaket *fremsto som rimelig* på tidspunktet for iverksettelsen, vil kostnadene forbundet med det være erstatningsbetingende, uansett om tiltaket var forgjeves, eller kostnadene etterhvert oversteg det opprinnelige tapet.⁶⁵ Grunnen er at skadelidtes motivasjon for å begrense tapet ikke må forstyrres; hvis skadelidte selv bærer risikoen for at kostnadene var akkurat passe store, ville en del skadelidte nok ha vegret seg for å forsøke å begrense tapet. Nå kan man risikofritt belaste misligholderen for kostnadene, så lenge de på forhånd fremsto som forholdsmessige og forsvarlige.

2.7.2 Konsekvenser innenfor kontrollansvaret

I de fleste kontraktslover som opererer med kontrollansvaret som ansvarsgrunnlag for erstatning, skilles det mellom *direkte* og *indirekte tap*, jf. kap. 2.1. Dette innebærer at tapspostene må

⁶⁴ Bergem & Rognlien (1995) s. 354.

⁶⁵ Bergem & Rognlien (1995) s. 354.

kategoriseres under disse. Også kostnader til de tapsbegrensende tiltak må henføres under en tapskategori. Med mindre ansvarsgrunnlaget er *objektivt ansvar* eller *culpa* er det kun det *direkte tap* som erstattes.⁶⁶ Tiltak som ville medført *indirekte tap*, ville dermed ikke ha blitt erstattet under kontrollansvaret, hvis det normale system skulle følges. Derfor foreskriver kjøpsloven § 67 (3), at kostnader ved (a) ”vanlige tiltak som kompenserer at salgstingen er forsinket eller har mangler”, ikke gjelder som indirekte tap. Dermed er det *direkte tap*, og skal under ethvert ansvarsgrunnlag erstattes. Heller ikke (b) ”kostnader ved tiltak som begrenser annet tap enn det som andre ledd omfatter” er indirekte tap. Bokstavene (a) og (b) overlapper hverandre til dels her. Altså vil tapsbegrensende tiltak, selvom de etter sin art er avledede følger av kontraktsbruddet, bli regnet som *direkte tap*, og dermed å ha erstatningsrettslig vern. Til eksempel kan man tenke seg at en fabrikkssjef pålegger sine arbeidere overtid en kveld for å kompensere for at en ny maskin er ute av drift på grunn av en mangel. Normalt ville kostnadene i forbindelse med overtidspålegget være indirekte tap, men fordi de er ment å kompensere for mangelen, blir de for direkte tap å regne, jf (a). Hensynet er også her å gi en klar beskjed til skadelidte om at han risikofritt kan og bør begrense misligholdstapet.

3 Nærmere om pliktens innhold

3.1 Allmennt om ”rimelige tiltak”

3.1.1 Innledning

Hva kan sies om tapsbegrensningspliktens innhold? Utgangspunktet bør tas i lovgivers formulering, for eksempel hentet fra kjøpsloven § 70 første ledd: ”Den part som påroper kontraktbrudd fra den annens side, skal ved rimelige tiltak begrense sitt tap.” Lovteksten har her et vagt uttrykk som krever omfattende presiseringer.

3.1.2 Pliktsubjekt

Det fremgår av lovteksten at det er den som ”påroper kontraktbrudd”, altså erstatningssøkeren, som er regelens pliktsubjekt. Hvem som har brutt avtalen er irrelevant for regelens anvendelse. Den

⁶⁶ Kjøpsloven § 27 (4), § 40 (2). I internasjonale kjøp gjelder ikke sontringen mellom direkte og indirekte tap.

gjelder like mye for debitor som for kreditor. Hvilke tiltak som kan være aktuelle for partene, vil imidlertid avhenge av forpliktelsens art. Realtytelse mot pengevederlag er det mest typiske forhold mellom ytelsene i avtaleforhold. På grunn av dette, og at andre praktiske muligheter setter rammer for aktuelle tiltak, vil imidlertid normen kunne synes forskjellig for partene.

3.1.3 Normens forhold til skadeserstatningsretten

Partene har ikke nødvendigvis noen lojalitetsplikt ovenfor hverandre i alminnelig skadeserstatning, mens dette er et bærende hensyn i kontraktsforhold. Kontraktsparter har derfor en mer vidtgående handleplikt ved tap enn andre. Av den grunn er normen for tapsbegrensning ved kontraktsbrudd antakelig *noe strengere* enn tapsbegrensningsnormen i skadeserstatning utenfor kontraktsforhold. Som *Nygaard* viser, varierer imidlertid tapsbegrensningsplikten i skadeserstatningsforhold med hva slags type tap det er snakk om. Kravene til skadelidte er for eksempel milde når det gjelder personskade, men strenge når det gjelder bilskade.⁶⁷ Tilsvarende nyanseringer i forhold til type tap finner man også i kontraktsforhold.⁶⁸ Blant annet er det sjelden rimelig å kreve at en pasient underkaster seg omfattende medisinske operasjoner for å avverge ytterligere skade som følge av et kontraktsbrudd. For reparasjon av biler vil en tilsvarende situasjon stille seg annerledes. Med forbehold om slike nyanseringer i minne, kan det være et veiledende synspunkt at skadelidtes ansvar i kontraktsforhold strekker seg minst like langt som utenfor kontrakt.

3.1.4 Normens forhold til forsikringsretten

Det kan være verdt også å se hen til *forsikringsavtaleloven*⁶⁹ § 4-10, som regulerer forsikringstakerens plikt til å avverge eller begrense tapet, når et forsikringstilfelle har inntruffet, eller det er overhengende fare for det. Det er her ikke snakk om erstatning for kontraktsbrudd, eller erstatning utenfor kontrakt, men erstatning (forsikring) fra tredjeperson *i henhold til kontrakt*. Det kan være grunn til å tro at det foreligger *en strengere norm for tapsbegrensning i forsikringsforhold* enn mellom kontraktsparter i alminnelighet. Dette vil bero på avtaleforholdet mellom forsikringstakeren og forsikringsgiveren, samt bakgrunnsretten for forsikringskontrakter, hvilket jeg ikke går nærmere inn på. Mens hensynet til misligholderens forhold kan senke kravene til skadelidtes innsats ved kontraktsbrudd, er dette hensynet fraværende i forsikringsforhold, hvor forsikreren ikke er å klandre for at forsikringskravet oppsto. Dermed vil man kunne se hen til § 4-10 og tilsvarende bestemmelser i *forsikringsavtaleloven*, ved fastleggelsen av normen i alminnelige

⁶⁷ Nygaard (2007) s. 73.

⁶⁸ Iversen (2000) s. 157.

⁶⁹ L16.06.1989 nr. 69 Lov om forsikringsavtaler.

kontraktsforhold. Praksis fra forsikringsretten kan i så fall si noe om hvor streng tapsbegrensningsplikten ved kontraktsbrudd *ikke* er.

3.1.5 Normens forhold til kontrollansvaret

For de tilfeller hvor *krollansvaret* gjelder som ansvarsgrunnlag for erstatning, vil *krollsfæren* sette yttergrenser for de tiltak som er rimelige å kreve. Det er ikke rimelig å ilegge skadelidte ansvar for tapet, hvis hans unnlattelse av å treffe rimelige tiltak skyldes en hindring utenfor krollsfæren. Trolig er det også en mengde tenkelige tiltak innenfor krollsfæren som heller ikke er rimelige, men dette kan utgjøre en yttergrense. Hvis misligholderens erstatningsansvar er begrenset av krollsfæren, er det vanskelig se hvorfor ikke også skadelidte skulle nyte godt av vernet. Synspunktet er hevdet av Stoll i Schlechtriem (2005).⁷⁰

3.1.6 Aktuelle tapsposter

Tapsbegrensningsplikten får anvendelse ovenfor erstatningsbetingende tap i sin alminnelighet. Erstatning for *prisforskjell* etter dekningskontrahering er en sentral tapspost. Også andre typer økonomiske tap, som *utlegg*, *verditap* og *tapt fortjeneste*, kan skadelidte påføres ved et kontraktsbrudd. Også *personskade* og *tingskade* kan være aktuelt. I de tilfeller hvor krollansvaret utgjør ansvarsgrunnlaget for erstatningsansvaret, vil det vanligvis være avgrenset mot indirekte tapsposter,⁷¹ men ellers vil også disse være omfattet. Kjøpsloven § 67 (2) definerer de indirekte tapspostene som tap som følge av minsket eller bortfalt produksjon eller omsetning (*driftsavbrudd*), tap som følge av at tingen ikke kan nyttiggjøres som forutsatt (*avsavn*), tapt fortjeneste som følge av at en kontrakt med tredjemann faller bort eller ikke blir riktig oppfylt, (men bare for så vidt kjøperen uten rimelig grunn lar være å foreta dekningskjøp eller treffe andre tiltak for å unngå eller minske tapet) og tap som følge av *skade på annet enn* salgstingen selv og gjenstander som den brukes til framstilling av eller som har nær og direkte sammenheng med dens forutsatte bruk. Tapsbegrensningsplikten gjelder alle typer tap, slik at ethvert tiltak som tar sikte på å begrense noen av de nevnte tapspostene vil være aktuelle.

3.1.7 Vurderingskriteriet

Den pliktige skal "ved rimelige tiltak begrense sitt tap". Det gis ingen nærmere beskrivelse av hvilke tiltak som er påkrevd. Grunnen til lovens vaghet på dette punkt, er at regelen skal favne et

⁷⁰ Stoll i Schlechtriem (2005) s. 586; Johnsson (2006) s. 45.

⁷¹ Pakkereiselovent er eksempel på en kontraktslov som ikke tillegger sontringen mellom direkte og indirekte tap noen betydning.

stort antall situasjoner som er innbyrdes ulike hverandre. Kjøp av cruiseskip medfører plikt til helt andre tapsbegrensende tiltak ved mislighold enn kjøp av kaffekrus. Tilsvarende inneholder andre kontraktsområder typetilfeller som er svært krevende å omfatte i en abstrakt lovtekst, samtidig som den skal angi noe veiledende om hvilke tiltak som er rimelige. Ethvert tilfelle må derfor underlegges en *konkret skjønnsmessig helhetsvurdering*⁷². Bare derigjennom kan de forskjellige hensyn som gjør seg gjeldende i de ulike situasjoner tas i betraktning. Lovgivers valg av kriterium innebærer en ”delegering” av makt til domstolene; innenfor rimelighetens grenser kan domstolene selv fastlegge normens innhold ved avgjørelsen av de enkelte saker. Lovgivers formulering innebærer også en ”delegering” til bransjen. Hva som anses som ”rimelig” vil i stor grad bero på hva alminnelig fornuftige aktører i tilsvarende posisjoner ville ha foretatt seg.

3.1.8 Utgangspunktet

Ramberg og Herre mener tommelfingerregelen bør være at skadelidte må opptre som om man ikke hadde krav på erstatning.⁷³ Som rettsregel er dette å strekke det for langt. Utgangspunktet er jo at misligholderen skal betale erstatning fullt ut. Skadelidte er ufrivillig satt i en presset situasjon på grunn av kontraktpartens mislighold, noe som ofte kommer plutselig og overraskende, og krever omgående beslutninger. Domstolen bør derfor vise *betydelig varsomhet* med å fastslå forsømmelse. Målestokken for hva den erstatningsberettigede burde ha foretatt seg, må derfor være *relativt mild*.⁷⁴ *Iversen* fremholder at man neppe kan kreve mer enn at skadelidte må utfolde ”rimelige og sædvanlige bestræbelser”, og vil avgrense mot plikt til ekstraordinære foranstaltninger. Plikten er oppfylt ved ”the ordinary course of business”.

3.1.9 ”Reasonableness”

Kravet til skadelidte er at han treffer ”rimelige tiltak”. PECL art. 1:302 presiserer uttrykket ”reasonableness”, som brukes tilsvarende som ”rimelighet” i norsk rett.

“Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case, and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account.”

⁷² Stoll i Schlechtriem (2005) s. 588.

⁷³ Ramberg & Herre (2004) s. 530.

⁷⁴ Dette fremheves stadig også i dansk, tysk og engelsk rett, jf. Iversen (2000) s. 151.

PECL gir her en veiledning for rimelighetsvurderinger i kontrakter. Anvendt på tapsbegrensningsplikten kan vi utlede følgende: utgangspunktet er en objektiv vurdering av hvordan personer i samme situasjon, handlende i ”good faith”, ville ha vurdert tiltakets rimelighet. Med ”good faith” menes her alminnelig lojalitet til kontrakten og kontraktsparten.⁷⁵ Det er altså ikke skadelidtes egen vurdering av tiltaket som er avgjørende, hvis denne avviker fra alminnelig lojale personers vurdering. Rettsanvenderen må sette seg inn i skadelidtes situasjon på tiden for avtalebruddet og vurdere situasjonen utifra det sinnelag en alminnelig lojal person ville ha hatt.

Spesielt bør for det første avtalens ”nature and purpose” tas i betraktning. De forskjellige kontraktstyper vil nemlig innebære forskjellig *art og grad* av forpliktelser, og det er opplagt at for eksempel en avtale om personlige hjemmetjenester medfører andre krav til tapsbegrensning enn leie av sykkel.

Formålet med avtalen vil være retningsgivende for hva man kan forvente av kontraktsparten. Dersom avtalens formål er høyest mulig profitt, vil partene måtte tolerere kanskje en lavere norm for tapsbegrensning enn i samarbeidskontrakter om boligbyggelag. Årsaken er at det i ikke-kommersielle kontrakter, for eksempel om nødvendighetsgoder som bolig, har blitt innfortolket en større plikt til å ivareta medkontrahentens interesser enn det avtalens ordlyd skulle tilsi, jf. for eksempel Rt. 1991 s. 220 (Solliia Borettslag). Hensynene til definert risiko og høy forutberegnelighet gjør seg nemlig sterkere gjeldende i spekulasjonstransaksjoner enn i private samarbeidsavtaler, hvilket taler for at partene i førstnevnte avtaleforhold i mindre grad verner om den andres interesser.

Videre skal *omstendighetene rundt* avtalen ses hen til, ifølge PECL. Dette inkluderer et vell av momenter som kan kaste lys over hvilke forventninger partene bør ha til hverandre ved et avtalebrudd. *Forhandlingene* før avtaleinngåelse kan, i likhet med andre tolkingsmomenter, trekkes inn for å tolke og utfylle partenes forpliktelser. *Partenes stilling* er også relevant, for eksempel kan det ofte kreves mer av et konsern enn av et enmannsforetak.⁷⁶ Forbrukerforhold står ikke prinsipielt i en annen stilling enn andre kontraktsparter,⁷⁷ men det er som regel rimelig å kreve større innsats fra en næringsdrivende. Vurderingen skal nemlig ta utgangspunkt i den situasjon skadelidte er i.

⁷⁵ ”Good faith”: honesty, fairness, and lawfulness of purpose: absence of any intent to defraud, act maliciously, or take unfair advantage, jf. Merriam-Webster’s Dictionary of Law (1996).

⁷⁶ Bergem & Rognlien (1995) s. 353.

⁷⁷ Jf. forbrukerkjøpsloven § 54.

Den som har *ressurser og muligheter* til å minske tapet kan det derfor kreves mer av, enn en forbrukerpart uten tilsvarende kunnskaper og evner. Men her kan *individuelle* forhold spille inn. En fagsnekker som kjøper gulvplanker til privathytta, kan neppe skjule seg bak sin posisjon som forbruker og dermed nekte å treffe tiltak som er rimelig å kreve av en snekker. Tilsvarende kan det ikke alltid kreves at en næringdrivende som er på konkursens rand, at han skal treffe dyre tiltak for å begrense forbrukerens ansvar.

Kontraktsgjensstandens *verdi* og størrelsen på det potensielle *tapet*, er andre omstendigheter som opplagt er egnet til å veilede partene om deres lojalitetsforpliktelser. Er det kun snakk om et ubetydelig tap som kan unngås, må det veies mot ulempene ved tiltaket. Kan det oppstå et formidabelt tap, øker handlingsplikten deretter.

Som et tredje punkt trekkes *bransjesedvane* og *kutyme* inn som et element i rimelighetsvurderingen. Den *vanlige* atferd skaper etterhvert forventninger, som hvis de brytes, får rettsvirkninger. Forutsetningen for at bransjens praksis skal være førende for rimelighetsstandarden, må imidlertid som alltid, være at den anerkjennes som rimelig av domstolene.

3.1.10 "Undue burden, risk or humiliation"

Den amerikanske kommentarsamlingen *Restatements* presiserer at man ikke behøver å utsette seg for "undue burden, risk, or humiliation".⁷⁸ Den læresetningen kan man antakelig overføre også til Norge. Det er ikke rimelig å kreve at skadelidte tar på seg *uforholdsmessige kostnader*, utsetter seg for betydelig økonomisk *risiko* eller *ydmysel*se for å begrense et tap. Som Herre eksemplifiserer, så bør det ikke være påkrevet å begi seg ut i avanserte *rettslige prosesser* som kan begrense tapet dersom man vinner fram. Heller ikke tiltak som kan medføre tap av *kredittverdighet* eller *goodwill* i bransjen er påkrevet.⁷⁹ Risiko for kundetap kan eksempelvis oppstå dersom en aktør fremstår som en ustabil leverandør fordi han må avslå kontraktstilbud fordi ressursene brukes på tapsbegrensende tiltak.

3.1.11 Aktivitets- og passivitetsplikt

Generelt kan man si at skadelidte har en *aktivitetsplikt* når det gjelder å treffe tapsbegrensende tiltak. Han må strekke seg lenger enn til kun å ivareta egne interesser. Kanskje må han ta noen

⁷⁸ Restatements of Contracts § 350, se kap. 2.3.

⁷⁹ Herre (1996) s. 581.

telefoner, reise og hente varen selv, henge opp en lapp for å leie ut boligen, ta bussen i stedet for bilen eller permittere noen arbeidere. De aktuelle tiltak vil avhenge av *kontraktsområdet*, *kontraktsbruddet og forholdene ellers*. Men han har også en plikt til å være *passiv* i forhold til tiltak som ville ha gjort tapet større.⁸⁰ Det kan være aktuelt å unngå inngåelse av nye avtaler om videresalg av en ting som er forsinket. Alle forsøk på å utnytte situasjonen til å skaffe seg en større erstatning enn kontraktsbruddet tilsier, rammes som forsømmelse.⁸¹ En forsømmelse av tapsbegrensningsplikten kan forekomme både når skadelidte har satt i verk tiltak som er *uforholdsmessig kostbare* i forhold til gevinsten, og når han kun har truffet *ubetydelige tiltak* i forhold til tapet som kunne ha vært unngått.⁸²

3.1.12 Tenkepause

Lovutvalget som fremla utkast til kjøpsloven, skriver at det ikke kan "forlanges at kjøperen alltid med én gang skal gripe til det mest egnede middel. Han bør få en rimelig omrømmetid alt etter arten og omfanget av det tiltak det er spørsmål om å ta."⁸³ Det kreves altså ikke en kontant reaksjon med et uovertruffent valg av tiltak. Det er rom for en skjønnsmessig vurdering av de mulige skritt og derfor noe tidsspille i forhold til det optimale. Hvor lang tenkepause skadelidte kan tillate seg, varierer naturligvis med kontraktens og tiltakets art. Ved dekningskontrahering av en byggekontrakt kan man kanskje tillate seg flere uker til å vurdere situasjonen, mens dekningskjøp av råolje nok bør skje svært raskt etter hevingen, i alle fall ved fare for rask prisstigning.

3.1.13 Misligholdets grovhet

Misligholderens forhold kan også komme inn i bildet. *Forsettlige avtalebrudd* forekommer for eksempel når en leietaker i strid med avtalen flytter før oppsigelsestiden er over, stanser betalingen og henviser til utleiers tapsbegrensningsplikt. Skal en misligholder som med viten og vilje gjennomfører et avtalebrudd kunne forvente en like høy aktivitet fra skadelidtes side som en misligholder som feiler på grunn av forsinkelse hos underleverandøren? Antakelig er svaret nei; misligholderens grad av bebreidelse for avtalebruddet får virkning på kravene til skadelidte. Hensynet til balanse mellom partenes ytelser støtter et slikt synspunkt. Det er ikke rimelig å kreve høy lojalitet fra skadelidte når misligholderen viser pur illojalitet. Erstatningens funksjon som *oppfyllelsespress* bør her spille en mer fremtredende rolle og misligholderen må belage seg på å ta

⁸⁰ Johnsson (2006) s. 28.

⁸¹ Bergem & Rognlien (1995) s. 352.

⁸² Johnsson (2006) s. 36.

⁸³ NOU 1976:34 s. 61.

en større del av erstatningsansvaret enn han hadde tenkt seg. Støtte for synspunktet finnes bl.a. i den senere omtalte Rt. 1954 s. 482, hvor Høyesterett lar misligholderens beskjedne innsats for å oppfylle avtalen være et moment i beregningen. Det er imidlertid ikke grunnlag for å suspendere tapsbegrensningsplikten helt, selvom avtalebruddet er både vesentlig og illojalt.

Forarbeidene til kjøpsloven understreker at momentet om misligholderens innsats også kan *skjerpe* normen for skadelidte; det kan få konsekvenser for erstatningsutmålingen dersom kjøperen uten særlig grunn avviser et akseptabelt tilbud, ”særlig hvis selgeren uten egen skyld er kommet i leveringsvansker”.⁸⁴

3.2 Realkreditors tapsbegrensende tiltak

3.2.1 Innledning

Det er utjenlig å prøve å gi en uttømmende oversikt over de tiltak som kan være aktuelle i tapsbegrensende øyemed, men det skal kort drøftes noen tiltak i løpende samband med momenter som kan tas i betraktning ved vurderingen av om tiltaket er rimelig å kreve av skadelidte .

3.2.2 Plikt til å kommunisere

Forarbeidene til kjøpsloven foreslår at skadelidte *konfererer med selgeren*, hvis denne er villig. Dette kan være rimelig å kreve i de fleste tilfeller. Årsaken er for det første at realdebitor selv har en klar interesse i å begrense sitt erstatningsansvar. Han vil derfor tenkes å kunne strekke seg langt for å begrense tapet. For det andre har han i mange tilfeller tilgang på surrogatytelser, enten fra egen virksomhet, eller via sitt bransjenettverk. I henhold til reklamasjonsreglene må kreditor gi melding til debitor om hans mangelsinnsigelser innen rimelig tid.⁸⁵ Når partene først har en plikt til å *kommunisere* med hverandre i forbindelse med et misligholdsoppgjør, har de også en foranledning til å drøfte om debitor kan bistå med å finne egnet surrogatytelse. Terskelen for at skadelidte slik bør undersøke debtors muligheter er derfor ikke høy. I praksis fører slike henvendelser ofte ikke frem, fordi realdebitor heller bestrider ansvar for feilen, og derfor er uvillig til å bistå sin kunde.

⁸⁴ NOU 1976:34 s. 61.

⁸⁵ Eksempelvis kjøpsloven § 32 jf. § 39 (2).

3.2.3 Plikt til å tilpasse seg

I den svenske proposisjon til kjøpsloven nevnes det flere tiltak som kan være hensiktsmessige ved forsinkelse eller mangel.⁸⁶ For å unngå produksjonstap kan det være aktuelt å *leie inn erstatningsvare*, eller *leie inn ekstra mannskaper* for å avhjelpe følgene av misligholdet. Det kan være aktuelt å pålegge sin egen arbeidsstokk *overtidsarbeid* eller *legge om virksomheten* midlertidig. Det siste var tilfellet i en dom fra Agder lagmannsrett fra 2006.⁸⁷ Deler av taket i leielokalet falt ned i bakeriet, hvilket angivelig var i strid med leieavtalen. Bakeriet krevde erstatning for produksjonsstans, men retten mente de heller burde ha justert et pakkebånd og deretter midlertidig ha brukt produksjonslokalet også til pakking. Bakeriet mente at rommet holdt for høy temperatur for pakking, men Mattilsynet og retten mente det var akseptabelt. Retten mente at de ikke ”uten å foreta slike forholdsvis beskjedne tilpasninger, [kunne] forholde seg passive og kreve erstatning for økonomisk tap”.

Videre kan man være nødt til å *avvikle avtaler* med tredjemenn.⁸⁸ Som jeg kommer tilbake til kan man imidlertid neppe ha plikt til å *bryte* slike avtaler i tapsbegrensende øyemed. Dersom debitor har vanskeligheter med å transportere kontraktsobjektet som avtalt, kan det påligge kreditor selv å *hente tingen*.⁸⁹

3.2.4 Plikt til å avhjelpe

Realdebitor har primært *rett og plikt* til å avhjelpe mangler, når dette kan skje uten vesentlig ulempe for kjøperen, og uten risiko for at kjøperen ikke får dekket sine utlegg.⁹⁰ Dersom han ikke oppfyller sin avhjelpsplikt, har kreditor krav på erstatning for ”forsvarlige utgifter til å få mangelen rettet”.⁹¹ Videre er det presisert at dersom det var urimelig for kreditor å vente på retting eller omlevering, så kan ikke debitor gjøre gjeldende at han ikke fikk anledning til å rette eller omlevere.⁹² I presserende tilfeller kan det foreligge en plikt for skadelidte til *selv å avhjelpe feilen*. Å treffe *midlertidige tiltak* for å avverge konsekvenstap må i alle fall kreves.⁹³ I Rt. 1982 s. 1506 sprang en vannledning lekk under oppføring av et bygg, like før arbeidstidens slutt. Dette var rørleggerens ansvar. Hele ansvaret for de omtvistede vannskadene ble imidlertid ilagt byggherren, som ikke i tilstrekkelig grad sikret

⁸⁶ Johnsson (2006) s. 63, som henviser til Prop. 1988/89:76, s. 201f., m.fl.

⁸⁷ LA-2006-148657

⁸⁸ Johnsson (2006) s. 63, som henviser til Prop. 1988/89:76, s. 201f., m.fl.

⁸⁹ Bergem & Rognlien (1995) s. 353.

⁹⁰ For eksempel kjøpsloven § 36.

⁹¹ For eksempel kjøpsloven § 34 (3).

⁹² For eksempel kjøpsloven § 36 (3).

⁹³ Bergem & Rognlien (1995) s. 353.

bygget mot ytterligere vannskader som kunne oppstå etter arbeidstiden. Dommen var avsagt under dissens (3-2). Skadelidte burde her ha truffet tiltak som avverget ytterligere skade inntil rørleggeren eller andre kunne få rettet opp feilen. Det aktuelle tiltaket var her meget enkelt, nemlig å varsle om at hovedkranen ikke måtte slås på. Misforholdet mellom tiltakets beskjede ulemper og det betydelige skadepotensialet tilsa her at hele ansvaret tilfalt skadelidte.

3.2.5 Plikt til å finansiere

Hvilke tiltak det kan kreves at realkreditor treffer for å begrense tapet, er avhengig av de *konkrete omstendigheter*. Som nevnt kan skadelidtes *finansielle situasjon* være så svak at dekningskontrahering eller andre tiltak er umulig. Dersom skadelidte ikke har råd til å gjennomføre dette, skal dette ikke gå utover ham.⁹⁴ Dersom *prisen* på tilsvarende goder har steget, eller kjøperen har betalt på *forskudd*, er dette særlig aktuelt. Men også misligholderens forhold kan her innvirke på skadelidtes tapsbegrensningsplikt.⁹⁵ For eksempel ved heving av forskuddsbetalt leie av bil, gjør misligholderen lurt i snarest å restituere betalingen tilbake til kreditor, slik at denne har penger til å dekningsleie en annen bil. Hvis han etter hevingserklæringen somler unødig med å tilbakebetale, kan resultatet bli at erstatningskravet omfatter formidable taxiregninger i stedet for prisforskjell for annen leiebil. Han kan nemlig ikke kreve at kreditor til enhver tid skal ha ubegrensede mengder *kapital tilgjengelig*.

3.2.6 Plikt til å dekningskontrahere

3.2.6.1 Innledning

Både ved kjøp, leie, entreprise og andre typer kontrakter, er dekningskontrahering et høyaktuelt tiltak når det gjelder tapsbegrensning.⁹⁶ Tiltaket innebærer at realkreditor for den lovede ytelsen henvender seg til andre enn misligholderen og kjøper, leier eller hyrer inn en tilsvarende ytelse som den han skulle fått. Kreditor har kanskje selv avtaler om videresalg eller framleie av kontraktsobjektet, og kan selv havne i misligholdsansvar dersom han ikke får ytelsen levert i avtalt stand til avtalt tid. En dekningshandel av en tilsvarende ytelse kan redde begge parter; kreditor unngår sine fortjenestetap, og misligholderen slipper unna med et mindre erstatningskrav enn ellers.

⁹⁴ Herre (1996) s. 581.

⁹⁵ Johnsson (2006) s. 49.

⁹⁶ Jf. bl.a. NOU 1976:34 s. 62.

3.2.6.2 Dekningskontrahering i kjøpsloven

Dekningshandel i kjøp har fått en viss særregulering i lovverket. Som nevnt under kap. 2.6, så kan det kreves *erstatning for prisforskjell* ved heving av et kjøp når dekningskjøp er foretatt, jf. kjøpsloven, jf. § 67, jf § 68.⁹⁷ Men også når kreditor ikke har valgt å kjøpe en tilsvarende ting, kan han kreve erstatning for prisforskjell, da etter en *abstrakt* beregning, jf. § 69. Abstrakt beregning innebærer en form for normalerstatning til skadelidte, uavhengig av om dekningskjøpet faktisk finner sted. Grovt sagt skal erstatningen beregnes i forhold til ”gjengs pris” på hevingstidspunktet, eventuelt overtakelsestidspunktet. Det forutsettes at det konkrete eller tenkte dekningskjøpet foretas innen *rimelig tid* og på *forsvarlig måte*, slik at hensynene bak tapsbegrensningsplikten oppnås. I Rt. 2002 s. 173 fant Høyesterett at den abstrakte beregningen av prisforskjellen skulle ta utgangspunkt i *tilbudsprisen* fremfor ordinær pris ved kriteriet ”gjengs pris”. Det var et moment at tilsvarende møbler var på salg store deler av året i Oslo-området, der kjøperen bodde. Et dekningskjøp måtte i det tilfellet skje på salg hvis det skulle være ”forsvarlig”.

3.2.6.2.1 Nærmere om forsvarlighets- og tidskravet

Når det gjelder kjøpslovens krav til at dekningskjøpet skal skje på ”forsvarlig måte og innen rimelig tid”, er altså vurderingstemaet et annet enn ”rimelige tiltak” iht § 70 (1). Tilsynelatende kunne man derfor tro at normen faller noe annerledes etter de to paragrafene isolert sett. Forarbeidene til loven kan tyde på det. Det norske lovutkastet i NU 1984:5 inneholdt en særregel i § 68 andre ledd.⁹⁸ Bestemmelsen innebar at dersom dekningskjøpet burde vært foretatt på et *tidligere tidspunkt* i samsvar med prinsippet om plikt til å begrense sitt tap, skulle *vanlig omsetningsverdi* på dette tidspunkt legges til grunn ved utregning av prisforskjellen. Dette innebar altså at dersom dekningskjøpet faktisk fant sted innen ”*rimelig tid*”, men *likevel ikke tidnok i henhold til tapsbegrensningsplikten*, så skulle det foreligge en hjemmel for nedsettelse av kravet. Departementet fant at bestemmelsen var *unødvendig*, siden en forsømmelse av § 70 (1) uansett medfører en tilsvarende nedsettelse av erstatningskravet. Særregelen ble derfor sløyfet.

Jeg er enig med departementet her, men med en annen begrunnelse. Slik jeg ser det, innebærer en overholdelse av kravet til ”rimelig tid” også at kravene som utledes av tapsbegrensningsplikten er overholdt. Grunnen til dette er at dekningskjøpet vanskelig kan sies å være foretatt innenfor ”*rimelig tid*” dersom skadelidte etter § 70 (1) *allerede burde ha truffet tiltaket*. Den mest aktuelle

⁹⁷ Tilsvarende i forbrukerkjøpsloven § 53.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 126, 127.

lovtolkingsmetoden må være å forstå normen som ligger i § 70 (1), som førende ved vurderingen av ”rimelig tid” i § 68. På tilsvarende måte er det vanskelig å se at dekningskjøpet kan ha skjedd på ”forsvarlig måte” hvis kravene som følger av § 70 (1) ikke er overholdt.

Også hensynet til harmonisering av regelverket taler for en slik forståelse. På andre kontraktsområder enn kjøp er det ikke noe eksplisitt krav om at dekningskontraheringen må skje på ”forsvarlig måte og innen rimelig tid”. Ved tolkingen av § 70 (1) er det imidlertid nettopp dette som kan utledes av normen; at det generelt foretas et forsvarlig valg av tapsbegrensende tiltak og at dette skjer innen rimelig tid. Jeg kan vanskelig se at det bør foreligge forskjellige standarder for hvor forsvarlig og rimelig en dekningskontrahering bør være, avhengig av om det er dekningskjøp, dekningsleie eller dekningsstransaksjon i annet kontraktsforhold. Ingenting tyder på at det er lovgivers vilje at kjøp og salg her skal stå i en særstilling. Det vil være retts teknisk mest heldig om plikten til å dekningskjøpe i teorien strekker seg like langt som dekningskontrahering gjør på andre kontraktsområder. Det er derfor mest nærliggende å se kravene til ”forsvarlig måte og innen rimelig tid” som en presisering som uansett følger også av § 70 (1). Da vil samme norm for dekningskontrahering kunne utledes allment for også andre kontraktstyper med tilsvarende tapsbegrensningsplikt som § 70 (1).

Således kan det hevdes at kriteriene som presenteres i § 68 og § 69 er overflødige. Det kan imidlertid også hevdes om mange av kontraktsrettens andre regler, som jo har eksistert før lovgiver ga sin tilslutning. Formålet med § 68 og § 69 må være å regulere *beregningen* av prisforskjellserstatningen i forhold til de relevante *tidspunkter*, ikke å oppstille særkriterier for kjøpekontrakter.

Herre antar at tapsbegrensningsplikten *supplerer* kravene til ”forsvarlig måte og innen rimelig tid”. Hagstrøm mener det er ”meget tvilsomt hvorvidt det er adgang til og behov for å overstyre de avveininger av tapsbegrensningsplikten som allerede er nedfelt i en lovbestemmelse. Disse bør anses som *lex specialis*”.⁹⁹ Jeg vil snarere se det slik at kravene blir *konsumert* av § 70 (1).

⁹⁹ Hagstrøm (2003) s. 561.

3.2.6.3 Dekningsytelsens egenskaper

Ved vurderingen av dekningsytelser, kan det være at man får tilbud om en ytelse som har lavere kvalitet eller omfang enn i den misligholdte avtalen. Er man pliktig til å akseptere tilbudet, dersom det minsker misligholdstapet?

Når det gjelder *artsbestemte* ytelser hvor en dekningsleverandør tilbyr å levere i mindre omfang eller antall enn det den hevede avtalen lovet, må det som regel være klart at kreditor bør akseptere et slikt tilbud. For eksempel ved heving av kjøp av 100 sekker ved, bør han dekningskjøpe de 70 sekkene han finner tilgjengelig på markedet, selvom kvantumet ikke svarer helt til avtalen. Dette forutsettes også i forarbeidene.¹⁰⁰ Det tas naturligvis hensyn til de endrede vilkår ved beregningen av prisforskjellen.

Utgangspunktet ellers må være at en dekningsytelse må være av *likeverdig art og egenskap* som den opprinnelig avtalte.¹⁰¹ Dersom man har bestilt en Audi, behøver man ikke å ta til takke med et dekningskjøp av Opel, selv om denne er billigere enn en Audi. Men hvis dekningsytelsen tilfredsstiller de behov som var opprinnelig tenkt tilfredsstilt, er det vanskelig å se at ikke kreditor skal måtte tåle noe annen standard i tapsbegrensende øyemed. Vurderingen om behovet dekkes adekvat, er nok så subjektivt at skadelidtes egen oppfatning må ha stor vekt. Igjen blir det en konkret vurdering. Skadelidte bør blant annet tåle mer ved et midlertidig eller kortvarig tiltak, enn ved en permanent ytelse. Dersom dekningsytelsen avviker betydelig fra det opprinnelig avtalte, er det mer naturlig å se på dette som et allmennt tapsbegrensende tiltak. I så fall utmåles det ikke erstatning for prisforskjell, men eventuelt for annet tap.

3.2.6.4 Plikt til å undersøke markedet

Et interessant spørsmål er hvor omfattende *undersøkelser* skadelidte må foreta for å gjøre et dekningskjøp. Hagstrøm sier at kreditor ved dekningskjøp har en "aktsomhetsplikt, slik at han ikke uten videre kan kontrahere med den første og beste, men må foreta et *forsvarlig valg i markedet*."¹⁰² Å foreta prisundersøkelser eller å innhente tilbud fra forskjellige tilbydere kan skje hurtig og billig og er derfor ofte lite oppofrende. Dersom man unnlater å foreta rimelige undersøkelser, og dekningskjøper til en betraktelig dyrere pris enn man behøver, må man selv bære

¹⁰⁰ NOU 1976 s. 61.

¹⁰¹ Bergem & Rognlien (1995) s. 345.

¹⁰² Hagstrøm (2003) s. 562.

det unødige elementet av kjøpesummen. En slik aktsomhet må som regel kreves, med mindre man er i umiddelbart behov av erstatningsvare. Det kreves ikke en full oversikt over markedet før et valg av kontraktør tas, ofte vil det trolig være nok å ha forsikret seg om at en ikke velger et usedvanlig dyrt alternativ. *Relativismen* i normen må igjen fremheves; dersom det er snakk om et milliardoppdrag til veiutbygging, er det kanskje ikke forsvarlig å velge dekningskontraktør uten en skikkelig anbudsprosess. På den annen side kommer *tidsaspektet* inn; når kontrakten er hevet, har det allerede gått så mye tid at kreditor kanskje ikke har tid til å gjennomføre en grundig ny analyse av markedet, selv om det kanskje er store summer å spare. Han må derfor velge på bakgrunn av et begrenset antall tilbydere.

To avgjørelser kan nevnes til illustrasjon. I en dansk dom, U 1950 s. 101 SØHa, ble det tilkjent erstatning for merfrakt og merassurans ved at s/s Vesta ikke hadde tilstrekkelig lasteevne. Men erstatningen ble redusert skjønnsmessig da befrakteren bare hadde latt et annet skip ta den etterlatte lasten *uten å innhente nye fraktpriser*.¹⁰³

Fra tyske Oberlandesgericht Celle ble en kjøper av damsugere ansett for å ha forsømmet sin plikt etter CISG art. 77 (tilsvarende kjøpsloven § 70 (1)) fordi hun ikke hadde forsøkt å få til dekningskjøp andre steder enn innenfor hennes egen region i Tyskland.¹⁰⁴ Det hadde altså ikke lyktes henne å finne noe relevant der. Domstolen mente hun burde ha søkt også i *andre regioners markeder* og også *utenfor landegrensene* etter tilsvarende produkt.

Retten kom altså fram til at for denne type kontraktsgjenstand var kjøperen pliktig til å undersøke markedene utenfor hennes nærområder. I en utvikling hvor økonomien blir stadig mer integrert på regionalt og globalt nivå, vil dette synspunktet trolig kunne strekkes enda lengre etterhvert. Blant annet vil den økende harmoniseringen av de forskjellige lands handelsregler, samt internettets voksende rolle som markeds plass, gjøre det enklere, og derfor mer rimelig å kreve, sammenlignende undersøkelser av mulige dekningsytelser hos forskjellige tilbydere. Igjen vil *handelens karakter* og *partenes stilling* måtte tas i betraktning. Av et internasjonalt konsern vil det trolig kunne kreves mer enn av et enmannsforetak, og av romfartsindustrien kreves det mer enn av matprodusenter. *Risikoen* ved å begi seg inn på nye markeder bør også tas med i vurderingen, som

¹⁰³ Hagstrøm (2003) s. 562.

¹⁰⁴ 02.09.98 OLG Celle, sitert fra Johnsson (2006) s. 50.

Johnsson fremhever.¹⁰⁵ Det bør for eksempel ikke kreves at en næringsdrivende som kun driver innen et europeisk marked, skal måtte hente inn dekningsvarer fra ukjente markeder i østen, hvor risikoen forbundet med handelen kan være langt større.

3.2.6.5 Dekningskontrahering som uaktuelt tiltak

Dekningskjøp eller andre former for dekningskontrahering er imidlertid ikke alltid et hensiktsmessig tiltak. For *unika* som kunsteriske verk, artistiske opptredener eller brukte ting, kan man som regel ikke gå til en annen forhandler og bestille tilsvarende ytelse. Dekningskontrahering er i slike tilfeller *urimelig* å kreve av den ikke-misligholdende part. Det er heller ikke rimelig å kreve et dekningskjøp for eksempel når salgsobjektet i henhold til avtale med tredjemann skulle ha vært solgt videre, men denne allerede har hevet kjøpet på grunn av forsinkelsen. Da har behovet bortfalt. Også i det tilfelle hvor prisforskjellen ved et dekningskjøp blir *større enn tapet ville ha vært uten dekningskjøp*, vil det virke mot sin hensikt å gå til et slikt skritt.¹⁰⁶

I utenlandsk rettsteori har det vært reist spørsmål om det tilfellet hvor kreditor allerede har solgt tingen eller ytelsen videre til tredjeperson, før misligholdet inntreffer.¹⁰⁷ Hvis *prisforskjellen* ved et dekningskjøp for kreditor kan bli *større enn den tapte fortjeneste* og de krav som følger av at hans videresalgavtale misligholdes, kan det hevdes at kreditor bør minske tapet ved å (urettmessig) *heve* ovenfor tredjeperson, *la være* å dekningskjøpe, og så kreve erstatning for tapt fortjeneste. Dette medfører jo minst mulig tap. Enkelte svenske og amerikanske forfattere har hevdet dette synspunkt.¹⁰⁸ Det medfører imidlertid et *kontraktsbrudd* ovenfor den uskyldige siste kjøperen. Videre kan det medføre kundetap ved at kreditors kunderelasjoner og omdømme blir svekket. Jeg kan vanskelig se at det kan godtas som rettmessig under norsk rett at en part bryter avtalen, selvom hensikten er å følge opp det ansvar han har for å begrense sitt tap. En slik løsning ville kreve atskillig sterkere feste i rettskildene enn det som finnes pr i dag.

3.2.7 Plikt til å inngå ny avtale med misligholderen

Et interessant spørsmål er hvorvidt skadelidte bør akseptere et tilbud om dekningstransaksjon fra vedkommende som misligholdt den opprinnelige avtalen. Spørsmålet er i og for seg aktuelt for begge parter, men kanskje mest praktisk for realkreditor.

¹⁰⁵ Johnsson (2006) s. 50.

¹⁰⁶ Johnsson (2006) s. 53.

¹⁰⁷ Herre (1996) s. 574, Iversen (2000) s. 709, Johnsson (2006) s. 53.

¹⁰⁸ Herre (1996) s. 574f.

Situasjonen er at realdebitor har misligholdt avtalen, handelen er hevet, og kreditor undersøker markedet for å finne en adekvat dekningsytelse. Kanskje finnes det flere aktuelle tilbydere av ytelsen, men misligholderen gir skadelidte et vesentlig gunstigere tilbud enn markedet ellers. Spørsmålet er om han, for å oppfylle sin tapsbegrensningsplikt, har plikt til å godta dette tilbudet.

Dersom et nytt tilbud er tilsvarende som den hevede avtalen, men billigere enn skadelidte ellers kan finne, da bør han i utgangspunktet velge det tilbudet som medfører det laveste tapet. Noe annet ville være å pådra seg unødvendig høyt tap, hvor skadelidte da etter gjeldende regler må dekke overprisen. Men særlig betydningen av *tillitselementet* i avtaleforholdet gjør at spørsmålet ikke er opplagt. Som Hagstrøm påpeker, kan det være at ”forholdet mellom partene ofte [vil] ha tilspisset seg såpass at det er meget hardt i medhold av tapsbegrensningsreglene å forlange at den krenkede part skal vandre til den som har brutt kontrakten, og forhandle om nye vilkår, for derigjennom å begrense den ansvarliges erstatningsplikt.”

I forbindelse med en reklamasjon kan avtalepartene havne i en opphetet debatt om de faktiske og rettslige forhold. Det kan gjøre det vanskelig å se fornuftig på mulige løsningsalternativer i konflikten. Vurderingen av tapsbegrensningsplikten må også her blir konkret og skjønnsmessig – det er neppe riktig å svare kategorisk ja eller nei på et spørsmål som kan omfatte så mange ulikeartede tilfeller. *Ytelsens art og kontraktsbruddets grovhet* er sentrale faktorer ved bedømmelsen. Jeg vil mene at skadelidte uansett ikke har plikt i medhold av tapsbegrensningsplikten til å ta *initiativ til nye forhandlinger* med misligholderen. Men dersom skadelidte likevel skulle få et nytt tilbud fra misligholderen, plikter han å holde *emosjonelle forstyrrelser* utenfor vurderingen av tilbudet. Det er *økonomiske og forretningsmessige hensyn* som er relevante, de personlige antipatiene bør som regel være betydningsløse.¹⁰⁹ Det sentrale vurderingstema bør imidlertid være som Falkanger presenterer: hvorvidt det er forretningsmessig forsvarlig å akseptere tilbudet; hvorvidt man kan stole på at medkontrahenten oppfyller.¹¹⁰ Det fordrer at man foretar en fremtidsrettet risikovurdering, fremfor å ha fokus på fortidige skyldforhold.

¹⁰⁹ Slik også Herre (1996) s. 591.

¹¹⁰ Falkanger (1965) s. 182.

Konklusjonen bør bli at skadelidte som utgangspunkt plikter å akseptere et tilbud fra misligholderen som er vesentlig gunstigere enn andre, med mindre det er grunn til å tvile på at kontrakten oppfylles, eller at andre konkrete omstendigheter gjør det urimelig å kreve.

3.2.8 Plikt til å begrense tapet vs. rett til oppfyllelse

3.2.8.1 Innledning

Som nevnt i kap. 2.5, har kreditor ved mislighold rett til oppfyllelse av avtalen. Dette følger av avtalen i seg selv, men er også kategorisert som en misligholdssanksjon ved forsinkelse i lovverket.¹¹¹ Kravet om avhjelp, altså retting eller omlevering, er i realiteten et tilsvarende krav om naturaloppfyllelse i forhold til mangelfullt leverte ytelser. Det er en forutsetning for at realdebitor kan pålegges å levere ved forsinkelse, at det ikke foreligger en *uovervinnelig hindring*, eller at ikke oppfyllelse medfører en kostnad eller ulempe som står i *vesentlig misforhold* til kreditors interesse i oppfyllelse, jf. blant annet kjøpsloven § 23. Forøvrig er det også en forutsetning at det innen rimelig tid er *reklamert*.¹¹²

Plikten til å begrense det erstatningsbetingende tap kan tilsynelatende kollidere med *retten til naturaloppfyllelse*. Dersom debitor for ytelsen misligholder avtalen, har altså kreditor rett til å fastholde og kreve rettmessig oppfyllelse. Imidlertid vil tapet gjerne bli større jo lenger tiden går. Mens kreditor fastholder sitt krav om oppfyllelse, kan konsekvensene av misligholdet forplante seg videre til kreditors produksjon, avtaleforbindelser etc., samtidig som prisen på dekningsvarer og dekningstjenester kanskje stiger. Kanskje ender det med at oppfyllelse aldri skjer, på grunn av forhold på debtors side. I slike tilfeller kan man i ettertid se at den part som ble utsatt for avtalebruddet burde ha hevet og truffet tapsbegrensende tiltak på et tidligere tidspunkt. Nå er det, som nevnt, slik at vurderingen av om tapsbegrensningsplikten er oppfylt, tar utgangspunkt i en *ex ante*-vurdering, altså situasjonen slik skadelidte burde se den ved tiden for misligholdet. I praksis er det imidlertid ikke helt enkelt å vite om man faktisk kan forvente oppfyllelse, eller om man bør glemme avtalen og komme seg videre. Når plikter skadelidte å heve selvom han har krav på oppfyllelse?

¹¹¹ F.eks. kjøpsloven § 23, forbrukerkjøpsloven § 21, husleieloven § 2-9.

¹¹² F.eks. jf. kjøpsloven § 32, jf § 23 (3).

3.2.8.2 Rt. 1954 s. 482

I Rt. 1954 s. 482 var saken at 75 tonn hvalolje ikke ble levert etter avtalen. Selgeren bestred at han faktisk hadde akseptert en slik salgsavtale, men Høyesterett mente avtalen var bindende. Markedet for den aktuelle typen olje var meget stramt for tiden, og det var ytterst få partier ledig på det frie marked. Selgeren tilbød seg imidlertid å skaffe en delleveranse på 15 tonn, men dette ble heller ikke gjennomført, da han stilte vilkår om at kjøperen måtte frafalle alle ytterligere krav – noe denne ikke godtok. Høyesterett uttalte at ”det må antas å følge av alminnelige kontraktmessige synsmåter at en kjøper så langt råd er i alminnelighet bør søke å motvirke de økonomiske følger av at et salg strander, og at denne hans plikt oppstår når han blir klar over at selgeren ikke vil eller ikke kan levere etter kontrakten.”

I denne saken kom det klart fram ved brevveksling like etter den angivelige kontraktsinngåelsen at selgeren ikke anså seg forpliktet til å levere 75 tonn. Kjøperen fastholdt imidlertid avtalen, uten at selgeren endret holdning av den grunn. Kjøperen gjorde da noen fånyttes forsøk på å dekningskjøpe hvaloljen, som han forøvrig allerede hadde avtalt å selge videre. Lagmannsretten mente at kjøperen burde ha gjort mer for å skaffe hvalolje fra annen kant, og at han eventuelt måtte kunne akseptere leveranse av selolje i stedet for hvalolje. Høyesterett vurderte markedet til å ha vært meget stramt, og fant det ikke rimelig å kreve mer av kjøperen enn han hadde gjort. De la i den forbindelse vekt på at selgeren selv hadde gjort lite eller ingenting for selv å prøve å oppdrive den avtalte leveransen. Av hensyn til kontraktens klare spesifikasjon av oljens egenskaper, godtok Høyesterett heller ikke lagmannsrettens uttalelse om at kjøperen burde ha godtatt selolje.

Dommen viser tre ting i relasjon til tapsbegrensningsplikten: kjøper kan *ikke fastholde* retten til oppfyllelse når det *klart fremgår* at selger ikke kommer til å levere. For det andre viser den at at kravene til skadelidtes tapsbegrensningsiltak minker når misligholderen selv *ikke gjør stort* for å begrense tapet. Dessuten tyder uttalelsene om oljens kvalitet – som var obiter dictum – på at man kan stille de krav til dekningsvarens art og egenskaper, at de er *tilsvarende* som opprinnelig avtalt, jf. ovenfor.

Når det gjaldt begrunnelsen for erstatningsberegningen, var høyesterettsdommerne delt 4 mot 1, hvor mindretallet da var enig med lagmannsretten. Prinsippene som legges til grunn i dommen, må antakelig være anvendelige også i andre kontraktsforhold enn kjøp.

3.2.8.3 Drøftelse

Med henvisning til denne dommen legger *kjøpslovens forarbeider* til grunn at å heve for å foreta et dekningskjøp utvilsomt kan være et aktuelt ”rimelig tiltak” i forbindelse med § 70 (1).¹¹³ I odelstingsproposisjonen tilføyes det at ”[b]estemmelsen innebærer også at det kan være nødvendig å gjøre dette nokså raskt når tapet ellers ville bli større”.¹¹⁴ Den svenske proposisjonen antyder også muligheten for slik hevingsplikt, ”särskilt när parterna är näringsidkare”, og tilføyer at ”dette gäller i synnerhet om köpet avser en vara som det finns en fungerande marknad för.”¹¹⁵

Konsekvensen av en slik lovforståelse er at naturaloppfyllelsesretten begrenses utover det lovteksten isolert sett gir grunnlag for. Det er ikke lenger bare ”uovervinnelig hindring” eller ”uforholdsmessig kostnad eller ulempe” for debitor som fritar ham for naturaloppfyllelsesplikten, jf. bl.a. kjøpsloven § 23. Også når det av andre grunner er klart at han ikke kommer til å oppfylle avtalen, plikter kreditor å heve, med den virkning at debitors oppfyllelsesplikt faller bort.¹¹⁶

Som den svenske proposisjonen tilføyde, kunne plikten til å heve for deretter å dekningskjøpe, ”i synnerhet” gjelde for varer det var et fungerende marked for. Sondringen mellom fungible ytelser, som lett lar seg dekningskontrahere, og ikke-fungible ytelser, som vanskelig lar seg dekningskontrahere, kan bli en sentral ledetråd videre. Ved mislighold av en ytelse som lett kan gjenanskaffes på markedet, er det nemlig *mindre rimelig* å la skadelidte fastholde avtalen. Kjøperens krav om oppfyllelse kan til og med karakteriseres som *sjikanøst og illojalt*, dersom han lett kan skaffe tingen annetsteds fra, og han vet at debitor ikke kan prestere som avtalt.¹¹⁷ Saken fremstår imidlertid som noe annerledes for de ytelser som er *unike* eller ikke så lett lar seg erstatte. Kanskje har kreditor virkelig gjort en *god handel* i forhold til et spesielt objekt han trenger eller har en særskilt *affeksjonsverdi* i forhold til. Å begrense hans rett til å kreve naturaloppfyllelse ovenfor slike *ikke-fungible* ytelser, vil være mer betenkelig enn i forhold til fungible ytelser innen et fungerende marked. Eksempelvis kan man tenke seg salg av et kjent maleri, som det naturligvis bare finnes ett ekte eksemplar av. Kanskje kjøperen planlegger å tjene penger ved å stille ut maleriet i sitt galleri. Hvis selgeren angrer på salget, og derfor nekter å utlevere maleriet, er

¹¹³ NOU 1976:34 s. 29, med henvisning også til Rt. 1920 s. 34 og s. 458 og Rt 1921 s. 568.

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 128.

¹¹⁵ Prop. 1988/89:76 s. 206, referert fra Herre (1996) s. 622.

¹¹⁶ Slik også Hagstrøm (2003) s. 371.

¹¹⁷ Herre (1996) s. 621, som henviser til Lie: Köplagen i tillämpning ett kvarts sekel s. 128f.

spørsmålet om kjøperen har en plikt til å heve avtalen for å begrense et eventuelt tap. Et dekningskjøp er her uaktuelt.

Jeg tror det er på sin plass å tillegge en slik sontring mellom de forskjellige typer ytelser betydning. Riktignok er uttalelsene i de norske kjøpslovsforarbeidene allmenne; de begrenser ikke hevingsplikten til de fungible ytelsene. Men dette er neppe et bevisst valg. De svenske forarbeidene antyder at hevingsplikten i større grad er aktuell i et *fungerende* marked, og implisitt da at det er *mindre* aktuelt utenfor fungerende markeder. Den omtalte saken fra 1954 gjaldt hvalolje, en generisk bestemt og fungibel ytelse. Dommen kan dermed isolert sett vanskelig tas til inntekt for at det skal foreligge hevingsplikt også ovenfor de ikke-fungible ytelsene. Det kan heller ikke andre dommer jeg kjenner til.

En sontring som foreslått, ville også føre vår rettsstilstand i bedre harmoni med våre handelspartnere internasjonalt. Det norske utgangspunktet synes å være at avtalen bør heves når det er klart at vesentlig mislighold vil inntre. Stoll kommenterer tolkningen av de tilsvarende bestemmelsene i CISG, og mener at utgangspunktet etter denne er at avtalen kan fastholdes, med at hevingsplikt ikke kan utelukkes der dekningstransaksjon rimeligvis kan forventes.¹¹⁸ Dette synspunktet finner støtte også i UNIDROIT art. 7.2.2. og PECL art. 9:102¹¹⁹, og innebærer dermed en snevrere adgang til å la tapsbegrensningsplikten gå foran naturaloppfyllelsesretten enn tilsynelatende i norsk rett. Som det følger av kjøpsloven § 88 (1) skal tolkningen av kjøpsloven ta hensyn til ”behovet for å fremme ensartet anvendelse av regler som bygger på FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp, [og] til deres internasjonale karakter”. Dette innebærer at et hensyn er *konvensjonskonform* tolkning. Siden CISG ble vedtatt i 1980, er det naturligvis ikke sett hen til dette verken i hvaloljedommen fra 1954 eller i NOU 1976:34. At CISG har en annen løsning på konflikten mellom naturaloppfyllelsesretten og tapsbegrensningsplikten enn det som følger av forarbeidenes generelle uttalelser, blir imidlertid et moment av betydning når prinsippene skal veies mot hverandre *i dag*. Momentet trekker i retning av å legge skadelidtes adgang til dekningskontrahering til grunn for en sontring mellom de tilfeller hvor tapsbegrensningsplikten går foran naturaloppfyllelsesretten og motsatt.

¹¹⁸ Stoll i Schlechtriem (2005) s. 587.

¹¹⁹ Blant annet har kreditor her ikke rett til naturaloppfyllelse når kontrakten er basert på personlige forhold eller ”the aggrieved party may reasonably obtain performance from another source” (PECL). Med andre ord; kjøperen har rett til naturaloppfyllelse når han *ikke* kan finne tilsvarende ytelse ellers.

Hevingsplikten for de *ikke-fungible* ytelser bør etter mitt syn dermed først tre inn når skadelidte etter kjøpsloven § 23 mv. uansett ikke har rett til naturaloppfyllelse. Hvis det foreligger en *uovervinnelig hindring* eller *uforholdsmessig kostnad eller ulempe*, er realdebitor fritatt for oppfyllelse. Når det foreligger eksempelvis insolvens, eksportforbud, eller at den solgte båten har sunket, er vilkåret oppfylt. Da har skadelidte ikke rett på naturaloppfyllelse, men kan likevel ha krav på erstatning. I så fall plikter han å heve handelen hvis dette er tapsbegrensende. Men dersom manglende levering skyldes for eksempel sviktende *vilje* til å levere fra seg godet, vil kreditors krav på fastholdelse av avtalen vinne frem over tapsbegrensningsplikten.

3.2.8.4 Konklusjon

Spørsmålet om hvorvidt kreditor plikter å heve og eventuelt dekningskontrahere, i strid med hans rett til oppfyllelse, må for norsk retts del som utgangspunkt besvares med ja når det er klart at avtalen ikke vil bli oppfylt. Det bør muligens skilles mellom de tilfeller hvor skadelidte med rimelighet kan skaffe tilsvarende ytelse, og de tilfeller hvor ytelsen er unik eller av andre grunner ikke ombyttbar. I sistnevnte tilfelle bør naturaloppfyllelsesretten få forrang foran tapsbegrensningsplikten.

3.3 Realdebitors tapsbegrensende tiltak

3.3.1 Innledning

Realkreditors forpliktelser i avtaleforhold er som regel å betale kontraktssummen, og i tillegg medvirke ved debitors oppfyllelse.¹²⁰ Tapsbegrensningsplikten strekker seg i prinsippet like langt for realdebitor når denne utsettes for mislighold, som for realkreditor når denne er skadelidt. Mye av det som er sagt ovenfor om de hensyn, momenter og tiltak som kommer i betraktning for realkreditors del, gjelder derfor tilsvarende når det er realdebitor som blir stilt ovenfor et mislighold. Jeg vil her kun peke på noen enkeltheter som i første rekke er aktuelle på realdebitorsiden.

3.3.2 Plikt til å yte finansiell bistand

Betalingsforsinkelse kan skyldes manglende *evne* til å betale, selvom *betalingsviljen* er tilstede. Dersom debitor kan hjelpe kreditor med *lånefinansiering*, eller betaling på *kreditt*, vil dette kunne

¹²⁰ Jf. blant annet kjøpsloven §§ 45-50.

avhjelpe situasjonen. Bergem & Rognlien foreslår at selgeren kanskje kan bistå med *bankkreditt* til kjøperen.¹²¹ En slik plikt forutsetter at selger har mulighet til å yte slik bistand uten særlig oppofrelse. Å stille seg som kausjonist for kreditors lån vil være å gå klart *lenger* enn det som kreves, antar jeg.

Det kan også hende at realdebitor pådrar seg ekstra tap på grunn av betalingsforsinkelsen. Kanskje går han glipp av en lukrativ handel fordi han ikke har likvide midler å betale med. Dersom slike tap ikke blir avskjært som *upåregnelige* i relasjon til kreditors betalingsmislighold, er også slike tap omfattet av misligholderens erstatningsansvar. I så fall bør skadelidte kanskje selv *ta opp lån* i banken, eller be sin kontraktspart om *avbetaling*, for å klare handelen.

3.3.3 Plikt til å øke prisen

Dersom realdebitor skulle få et tap på grunn av medkontrahentenes mislighold, kunne man tenkes å begrense dette ved at han høyner prisen på de varer eller tjenester han eventuelt forhandler. Dette må avvises som et aktuelt tiltak, da det egentlig ikke begrenser tapet, men bare *velter tapet over på andre*.¹²² En slik tilpasning ville dessuten medført risiko for kundetap for skadelidte, hvilket vel ikke kan kreves.

3.3.4 Plikt til å permittere

Videre kan situasjonen være at debitor ikke kan finne andre kunder å tilby sin ytelse til. I entrepriseforhold kan det derfor medføre betydelige tap hvis store arbeidsstyrker går ledig etter at et større byggearbeid er hevet. Et interessant spørsmål er om entreprenøren *plikter å permittere eller si opp arbeidere* som et tapsbegrensende tiltak. Vurderingen må, som ellers, bli konkret og skjønnsmessig. Her kommer imidlertid det aspektet inn, at det tiltaket som skal begrense misligholderens tap, faktisk tar levebrødet fra de ansatte. Foruten personlige kriser, kan eventuelle masseoppsigelser eller permitteringer ha formidable sosiale konsekvenser i lokalsamfunnet. Antakelig bør hensynet til de *ansattes velferd* være av betydning ved fastleggelsen av tapsbegrensningsplikten, slik at det skal mye til før skadelidte er pliktig til å sparke arbeidsstokken. Men utsiktene til ny beskjeftigelse vil naturligvis være et viktig moment i den konkrete

¹²¹ Bergem & Rognlien (1990) s. 655.

¹²² Hagstrøm (2003) s. 562.

vurderingen. Dersom krisen ser ut til å bli *langvarig*, kan ikke skadelidte for misligholderens regning *unnlåte å tilpasse seg* de nye markedsforholdene.¹²³

3.3.5 Plikt til å dekningskontrahere

Dekningskontrahering kan være et aktuelt tiltak også på debitorsiden, når kreditor drøyer med betaling eller ikke oppfyller sine medvirkningsplikter. Etter heving kan eventuelt tap på grunn av prisforskjell mellom avtaleprisen og dekningssalget kreves erstattet, jf. kjøpsloven § 68 eller § 69. For andre typer salg og kontrakter vil erstatning for prisforskjell kunne beregnes på tilsvarende måte, da kjøpslovens regler her uttrykker allmenne prinsipper.¹²⁴

Dekningssalget må skje på forsvarlig måte. Til illustrasjon kan nevnes RG. 2002 s. 743, hvor spørsmålet var om selgeren av en eiendom hadde oppfylt sin tapsbegrensningsplikt ved kjøpers betalingsmislighold. Selger hadde to måneder etter salget ennå ikke mottatt betaling, hvorpå hun hevet avtalen og deretter solgte huset på nytt, til langt lavere pris. Kjøper hevdet at selger burde ha engasjert profesjonell eiendomsmegler for å få dekningssolgt boligen til en bedre pris. Videre burde selgeren ha avventet et gunstigere marked før hun foretok dekningsalget, mente misligholderen. Retten kom til at selger hadde gjort alt som kunne kreves i henhold til avhendingslova § 7-2 (1). Selgers sønn hadde selv annonsert i lokalaviser og på internett, og forhandlet vesentlig opp de bud som innkom. Selvom markedsprisen på boliger i området hadde gått ned etter avtaleinngåelsen, mente retten at det heller ikke var rimelig å kreve at selger burde vente enda et års tid. Det ville være en betydelig belastning for selger å måtte vente så lenge i påvente av et bedre marked.

3.3.6 Plikt til å stanse tilvirkning

Hovedregelen om at debitor ved kreditors mislighold kan fastholde avtalen og kreve kontraktssummen betalt, har visse modifikasjoner. I henhold til kjøpsloven § 52 (2) gjelder det hvor tingen skal *tilvirkes særskilt* for kjøperen at selgeren ikke kan fastholde kjøpet ved å ”fortsette tilvirkningen, gjøre andre forberedelser til leveringen samt kreve betaling, med mindre avbrudd ville føre med seg betydelig ulempe for ham eller risiko for at han ikke får erstattet tap som avbestillingen medfører.” Dette gjelder når kjøperen avbestiller kjøpet, uavhengig av årsak. Kjøperen må likevel betale erstatning i henhold til vanlige regler, dersom selgeren krever det. Dette

¹²³ Hagstrøm (2003) s. 563, som henviser til en voldgiftsdom i ND 1976 s. 298 (Aker-Reksten-saken).

¹²⁴ Hagstrøm (2003) s. 540.

innebærer en særegen form for *lovbestemt tapsbegrensningsplikt* for selgeren.¹²⁵ Ved at han ikke kan fortsette tilvirkningen for kjøpers regning, frigjøres hans kapasitet og materialene spares til andre oppdrag. Selvom selgeren skal få erstattet sine *økonomiske tap* som følge av avbestillingen fullt ut, må han i erstatningsberegningen *trekke fra de sparte kostnader og eventuelle fordeler* han har vunnet på grunn av avbestillingen. Avhengig av hvor langt tilvirkningsprosessen har kommet i det avbestillingen tikker inn, kan altså erstatningsansvaret reduseres betydelig i forhold til den avtalte kjøpesum. Også forbrukerkjøpsloven § 41, håndverkertjenesteloven §§ 39 og 40, og bustadoppføringslova §§ 52 bygger på tilsvarende ordninger, hvor avbestillingen medfører plikt til innstilling av tilvirkningen, dog med enkelte modifikasjoner.

Dersom avbruddet ville medføre *betydelig ulempe* for realdebitor, eller risiko for at han ikke får erstattet *de tap* avbestillingen medfører, kan han fullføre tilvirkningen etter avtalen, uavhengig av avbestillingen. Det vil dessuten være fornuftig å fortsette, for eksempel hvis utsiktene er gode til dekningsalg av den fullførte tingen. Da vil nettopp fullføringen være et tapsbegrensende tiltak siden det da kanskje ikke vil være rom for erstatningskrav.

Dersom den urettmessige avbestillingen kommer først når den spesialtilpassede ytelse står ferdig til overtakelse, er det ingen oppfyllelse å innstille. For ting som er tilpasset realkreditors behov, er det ikke alltid mulig å dekningskontrahere med andre interessenter, når betaling uteblir. Dette kan for eksempel være avanserte produksjonsmaskiner i industrien. Som Johnsson antyder, med støtte i en tysk dom, kan det være rimelig å kreve at produsenten *plukker fra hverandre maskinens deler* og selger disse isolert, bruker dem til annen produksjon, eller nyttiggjør seg dem på annen måte.¹²⁶ Forutsetningen er at gevinsten ved den alternative utnyttelsen står i forhold til den tid og de ressurser det krever å gjennomføre en slik operasjon.

3.3.7 Plikt til å begrense volumtap

I enkelte tilfeller er det vanskelig å finne tapsbegrensende tiltak. En del virksomheter er i en fleksibel situasjon på produksjonssiden, slik at det ikke er kapasiteten, men etterspørselen som begrenser omsetningen. Eksempelvis vil en møbelforhandler som IKEA ha nok kapasitet til å levere etter så og si ethvert antall bestillinger. Ved kundens betalingsmislighold med påfølgende heving, står da selskapet igjen som skadelidt og krever kanskje erstatning for tapet av kontrakten. Normalt

¹²⁵ Krüger (1999) s. 315.

¹²⁶ Johnsson (2006) s. 74.

vil dekningsalg til en ny kjøper være en aktuell og nærliggende plikt for å begrense slike tap. Men på grunn av overkapasitet vil forhandleren ikke få kompensert for tapet av den aktuelle misligholdte kontrakten ved et dekningsalg. Spørsmålet er om det ved slike *volumtap* kan kreves erstatning for tapt fortjeneste.

Dette ble satt på spissen i Rt. 2003 s. 486. Kjøper avbestilte kjøp av ny bolig i henhold til bustadoppføringslova. Entreprenøren, Block Watne, krevde dermed erstattet tapt fortjeneste for den bortfalte handelen. Dette har de rett til iht. § 52 tredje ledd, såfremt det blir ”godtgjort at det ikke var mogleg å oppnå ei tilsvarende fortjeneste ved oppdrag frå andre”. Loven ilegger entreprenøren altså et alminnelig tapsbegrensningsansvar, ved plikt til dekningskontrahering. Imidlertid hadde Block Watne ikke innskrenket virksomheten på grunn av avbestillingen, men fått et økende antall nye oppdrag. Selskapets policy var imidlertid aldri å si nei til et oppdrag, de var tilpasningsdyktige nok til å håndtere enhver etterspørsel. Dermed ville tapet aldri bli erstattet av nye oppdrag, hevdet de. Mindretallet, på én dommer, pekte på det forhold at entreprenøren dermed både fikk dekket fortjeneste fra det avbestilte oppdraget, og fra de oppdrag som ressursene faktisk ble brukt til å utføre. Det ble dermed dobbeltdekning for entreprenøren, hvilket ikke var lovgivers intensjon. Spesielt var dette betenkelig på rettsområder som skulle sikre forbrukernes stilling, hevdet han. Flertallet i Høyesterett beregnet imidlertid tapet strikt utifra målet om den positive kontraktsinteresse; altså hvilken posisjon Block Watne ville ha vært i ved rettmessig oppfyllelse. I så fall ville de ha tjent både på dette oppdraget og på de andre oppdragene. Block Watne ble dermed tilkjent erstatning for tapt fortjeneste.

Selv har jeg mest sans for mindretallets argumentasjon. Det reelle her er at entreprenøren får betalt for en jobb han ikke utfører. Normalt ellers vil slik dobbeltdekning begrenses av berikelsesfradraget *compensatio lucri cum damno*. Entreprenørens tapsbegrensningsplikt er her *de facto* bortfalt ved volumtap, siden han ikke er i stand til å dekningselge. Dette er ikke særlig heldig utifra de rimelighets- og lojalitetshensyn som begrunner tapsbegrensningsplikten, og det har ikke støtte i lovens forarbeider. Det er også et poeng at et normalerstatningskrav kan ivaretas på annen måte, for eksempel ved forhåndsavtalt avbestillingserstatning. Det bør etter min mening være tilstrekkelig når entreprenøren får dekket opp bortfallet av kontrakten med nye kontrakter, slik at den samme mengde ressurser som var avsatt til det avbestilte oppdraget brukes til noe tilsvarende fortjenestefullt. Situasjonen kan da sammenlignes med realkreditors transporter av sine rettigheter og forpliktelser til en tredjepart, noe som ellers er tillatt ved realdebitors samtykke. At

entreprenøren i slike tilfeller skal ha krav på erstatning utover de utgifter han allerede har hatt med oppdraget, samt i forbindelse med dekningsstransaksjonen, fremstår som unødvendig.

Prevensjonshensynet vil fremdeles være ivaretatt ved at disse tapsposter kan kreves erstattet. *De lege lata* er imidlertid rettstilstanden som Høyesteretts flertall kom til, at det *kan* tilkjennes erstatning for tapt fortjeneste etter alminnelig beregning ved volumtap.

4 Konklusjon

Målet med oppgaven var å gi en fremstilling av tapsbegrensningsplikten som et obligasjonsrettslig prinsipp. Jeg har kommet fram til at det gjelder som et allmennt prinsipp ved erstatningsutmåling i kontraktsforhold, at skadelidte har et ansvar for å begrense det tap han vil kreve erstattet. Dette har et *solid og bredt grunnlag* i såvel norske rettskilder, som i utenlandske og internasjonale kilder.

Tapsbegrensningsplikten er avledet av det grunnleggende *lojalitetsprinsippet*, som innebærer en plikt til i rimelig grad å ivareta medkontrahentens interesser. Men også hensynet til å unngå et urimelig *tyngende ansvar* for misligholderen, hensynet til en *effektiv ressursutnyttelse* og hensynet til partenes langsiktige *egeninteresse* støtter regelen rettspolitisk.

Tidspunktet for når skadelidte plikter å treffe tapsbegrensende tiltak, er etter at det foreligger et *antesipert* eller *aktuelt mislighold* av kontrakten. Men er det tvil om avtalen vil oppfylles, kan det ikke utelukkes at enkelte tapsforebyggende tiltak kan være aktuelle til og med *før* et antesipert mislighold.

Skadelidte plikter å treffe *rimelige tiltak* for å begrense sitt tap. Hvor langt denne normen strekker seg, varierer med *kontraktens art, partenes stilling, misligholdets karakter og type tap*. Det er en fleksibel norm, som tar utgangspunkt i hva som er rimelig å kreve av skadelidte. Det en *alminnelig fornuftig og aktsom* person i den aktuelle bransjen ville ha gjort, er den standard skadelidte bør rette seg etter. Normen er *relativt mild*, det kan ikke kreves for mye av den part som har blitt utsatt for et mislighold.

Skadelidte har en *aktivitetsplikt* eller en *passivitetsplikt*, avhengig av hva som er mest gagnlig for formålet om å begrense tapet. Det kan ikke kreves at han umiddelbart etter mislighold treffer et optimalt tiltak, det foreligger en viss *margin* til å områ seg. Kravene til skadelidtes aktsomhet og innsats øker dersom det *potensielle tapet* er stort, men minker dersom misligholdet var av *grov karakter*.

En rekke tiltak kan være aktuelle. Skadelidte bør føre en aktiv *kommunikasjon* med misligholderen, og bør eventuelt *tilpasse* virksomheten til de endrede forholdene. Det foreligger ikke plikt til å *bryte avtale* med tredjemann som ledd i en tapsbegrensende aksjon. Å utsette seg eller virksomheten for risiko for tap av *goodwill*, *kredittverdighet* eller *omdømme* er ikke påkrevet. Det foreligger neppe noen plikt til å *permittere* eller *si opp* arbeidstakere på grunn av en urettmessig hevet kontrakt, med mindre det ligger an til lang tids krise. Å begrense tapet ved å velte det over på kunder ved *prisøkning*, er heller ikke et aktuelt tiltak. Det kan være aktuelt å bistå med *bankkreditt* ved betalingsvansker, å *frakte* tingen ved transportproblemer og å *avhjelp* mangelen selv. Dersom misligholderen kommer med nytt og *gunstigere tilbud* i det skadelidte ser etter dekningsytelse, plikter skadelidte å vurdere dette utifra *saklige* motiver.

Dekningskontrahering har en sentral rolle som tapsbegrensende tiltak. En dekningskontrahering må skje på "forsvarlig måte og innen rimelig tid", krav som gjelder allment for tapsbegrensende tiltak, men som kun er uttrykkelig lovfestet i kjøpsloven. Blant annet bør han *undersøke* det tilgjengelige markedet i den grad tiden tillater det. En hevet eller avbestilt ytelser som fører til *volumtap*, kan vanskelig begrenses ved dekningskontrahering. Skadelidte kan da kreve erstattet tapt fortjeneste i stedet for prisforskjell. Domstolen har imidlertid anledning til å *lempe* misligholderens erstatningsansvar, for de tilfeller hvor ansvaret slår urimelig ut, jf. for eksempel kjøpsloven § 70 (2).

Dersom heving og eventuelt dekningstransaksjon av *fungible* ytelser kan virke tapsbegrensende, plikter skadelidte å gjøre dette når det er *klart* at leveransen uteblir. Dette innebærer en begrensning i retten til fastholdelse av avtalen. For de *ikke-fungible* ytelser, er rettstilstanden noe mer usikker. Det er gode grunner for at tapsbegrensningsplikten her i større grad må vike for den lovbestemte retten til naturaloppfyllelse. I alle fall *de lege ferenda* mener jeg det er hensiktsmessig å modifisere det utgangspunkt som er gitt uttrykk for i kjøpslovens forarbeider.

Tommelfingerregelen for den som vil ha minst mulig tapsansvar, vil være følgende: Den som ser at man ikke klarer å levere som avtalt, bør *snarest melde fra* til medkontrahenten om dette. Dermed skyves ansvaret for det tap som oppstår helt eller delvis over på medkontrahenten. Skadelidte på sin side bør tenke at han *selv må dekke* alt tap. Da vil han ha de beste incentiver for å treffe hensiktsmessige og forholdsmessige tapsbegrensende tiltak, og være sikker på å holde ansvaret hos misligholderen. Dersom misligholderen er betalingsdyktig, vil han plikte å erstatte kostnadene til de tapsbegrensende tiltak i tillegg til det øvrige misligholdstapet; dersom han ikke er betalingsdyktig har skadelidte uansett handlet optimalt i forhold til egne interesser, ved å begrense sitt eget tap.

5 Kilderegister

5.1 Lovregister

5.1.1.1 Norge

- 1976 Lov om renter ved forsinket betaling m.m. av 17.12.1976 nr. 100.
- 1984 Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 08.06.1984 nr. 59.
- 1988 Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13.05.1988 nr. 27.
- 1989 Lov om forsikringsavtaler (forsikringsavtaleloven) av 16.06.1989 nr. 69.
- 1989 Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven) av 16.06.1989 nr. 63.
- 1992 Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) 03.07.1992 nr. 93
- 1995 Lov om pakkereiser og reisegaranti (pakkereiseloven) av 25.08.1995 nr. 57.
- 1997 Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) av 13.06.1997 nr. 43.
- 1999 Lov om husleieavtaler (husleieloven) av 26.03.1999 nr. 17.
- 2002 Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) av 21.06.2002 nr. 34

5.1.1.2 Sverige

Köplag (1990:931)

5.1.1.3 Finland

Köplag 27.3.1987/355

5.1.1.4 Tyskland

BGB Bürgerliches Gezetzbuch

5.1.1.5 Østerrike

ABGB Austrian Civil Code

5.1.1.6 Sveits

CO Swiss Code of Obligations

5.1.1.7 USA

Restatements of Contracts¹²⁷

Uniform Commercial Code

5.2 Lovforarbeider

NOU 1976:34 Lov om kjøp

Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) Lov om kjøp

NU 1984:5 Nordiska köplagar: Förslag av den nordiska arbetsgruppen
för köplagstiftning

Prop. 1988/89:76 Ny köplag [Sverige]

5.3 Rettspraksis

5.3.1.1 Norge

Rt. 1920 s. 34

Rt. 1920 s. 458

Rt. 1921 s. 568

Rt. 1954 s. 482

Rt. 1972 s. 449

Rt. 1982 s. 1506

Rt. 1988 s. 1078

Rt. 1991 s. 220

Rt. 1992 s. 1642

Rt. 1995 s. 486

Rt. 2000 s. 211

Rt. 2002 s. 173

RG. 2002 s. 743

Rt. 2003 s. 400

Rt. 2003 s. 486

¹²⁷ Restatements er egentlig sammenfatninger av domstolsskapt rett, men har stor autoritativ betydning.

LA-2006-148657 [Lovdata]

5.3.1.2 Danmark

U 1950 s. 101 SØHa

5.3.1.3 Nordiske dommer

ND 1976 s. 298

5.3.1.4 Tyskland

02.09.98 OLG Celle

5.3.1.5 England

British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd v. Underground Electric Railways Company of London Ltd. A.C. 673, 1912

5.4 Bøker

Bergem, John Egil og Stein Rognlien *Kjøpsloven 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp*. Oslo, 1991

Bergem, John Egil og Stein Rognlien *Kjøpsloven 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp*. 2. utg. Oslo, 1995

Bergem, John Egil *Kommentar til kjøpsloven* |: Norsk lovkommentar. 2007, note 315

Falkanger, Thor *Konsekutive reiser : rettslige studier i en moderne befraktningsform*. Oslo, 1965

Hagstrøm, Viggo og Magnus Aarbakke *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003

Herre, Johnny *Ersättningar i köprätten : särskilt om skadeståndsberäkning*. Stockholm 1996

Iversen, Torsten *Erstatningsberegning i kontraktsforhold. Et bidrag till undersøgelsen af de i dansk ret gældende principper for erstatningsberegning i konfliktsforhold med særlig henblik på ikkeopfyldelse af aftaler om køb, leje og entreprise*. København, 2000

Krüger, Kai *Norsk kjøpsrett*. 4.utg. Bergen, 1999

Lookofsky, Joseph *Understanding the CISG in Scandinavia : a compact guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. 2.utg. København, 2002

Lødrup, Peter *Lærebok i erstatningsrett*. Oslo, 1999

Nygaard, Nils *Skade og ansvar*. 6.utg. Bergen, Oslo, 2007

Ramberg, Jan og Johnny Herre *Internationella köplagen (CISG) : en kommentar*. 2. utg. Stockholm, 2004

Schlechtriem, Peter og Ingeborg Schwenzer *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 2. utg. Oxford, 2005

Treitel, G. H. *Remedies for breach of contract : a comparative account*. Oxford, 1991

5.5 Internettdokumenter

Goldman, Eric *Notes on Contract Remedies*

<http://www.ericgoldman.org/Courses/contracts/contractremedies.htm> [17.11.2007]

Johnsson, Ingrid *Om skyldigheten at begrensa skadan i köprätten*. Lund, 2006

[http://www.jur.lu.se/Internet/Biblioteket/Examensarbeten.nsf/0/209B46383EC1434EC125712F002DB93E/\\$File/xsmall.pdf?OpenElement](http://www.jur.lu.se/Internet/Biblioteket/Examensarbeten.nsf/0/209B46383EC1434EC125712F002DB93E/$File/xsmall.pdf?OpenElement) [17.11.2007]

Merriam-Webster's Dictionary of Law (1996)

<http://dictionary.reference.com/browse/good%20faith> [16.11.2007]

Mustill, Michael *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*. Köln, 1988

<http://tldb.uni-koeln.de/TLDB.html> [09.2007]

5.6 Øvrige kilder

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) [CISG]

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2004 [UNIDROIT]

Principles of European Contract Law [PECL]

